

Theoretische Begründung und praktische Durchführung des strafrechtlichen Analogieverbots

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der Juristischen Fakultät der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Gerd Wiedemeyer

Referendar in Berlin

1970

Druck: Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

1969



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Theoretische Begründung und praktische Durchführung des strafrechtlichen Analogieverbots

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der Juristischen Fakultät der
Freien Universität Berlin**

vorgelegt von

Gerd Wiedemeyer

Referendar in Berlin

Druck: Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

1969

Erstgutachter : Prof. Dr. jur. Hermann Blei

Zweitgutachter: Prof. Dr. jur. Ernst Heinitz

Tag der mündlichen Prüfung: 8. Mai 1970



INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einleitung	1
1. TEIL	
DAS VERBOT TATBESTANDSERWEITERNDER ANALOGIE	3
§ 1 Analogie intra legem	3
I. Lücken innerhalb des Gesetzes	5
II. Analogie intra legem und Strafmaßentscheidung	5
III. Der innertatbestandliche Analogeschluß	7
A. Das Verhältnis von Auslegung und richterlichem Ermessen	8
B. Zweifel an der Eignung des Analog- schlusses als Auslegungshilfe	11
C. Die selbständige Bedeutung inner- tatbestandlicher Analogie	12
D. Fehlerquellen des unrichtigen inner- tatbestandlichen Analogeschlusses	14
1.) Fehlerhafte Entscheidung des Vergleichsfalls	14
2.) Mangelnde Gleichwertigkeit der miteinander verglichenen Fälle	14
3.) Fehlerhafte Wertung bei der Ähnlich- keitsfeststellung	15
E. Die rechtsergänzende Funktion der Analogie	18
F. Keine Rechtsergänzung mittels Analogie intra legem	19
G. Ergebnis: Zulässigkeit innertat- bestandlicher Analogie	20
§ 2 Analogie praeter legem	21
I. Versuch einer Lösung des Analogieproblems aus dem Blickwinkel teleologischer Auslegung	21
A. Die Auffassung von SAX	23
1.) Hinweis auf den gleichen Ansatzpunkt bei anderen Gegnern des Analogieverbots	24
2.) Fehlgeschlagene Kritik gegen SAX	25
3.) Eigene Kritik: Mangelnde Trennung inner- und außertatbestandlicher Analogie	28

B. Die Auffassung ARTHUR KAUFMANNs.....	33
1.) Auswirkung eines Analogieverbots auf die teleologische Auslegung	34
2.) Der rechtsphilosophische Aspekt	37
3.) Widersprüchliche Argumentation: Rechts- ergänzung als Mittel der Auslegung	39
II. Analogie als Mittel der Rechtsergänzung	42
A. Problemstellung	42
B. Der nullum-crimen-Grundsatz im Verhältnis zum Prinzip der Gewaltenteilung	44
C. Die selbständige Bedeutung des nullum- crimen-Grundsatzes gegenüber dem Prinzip der Gesetzesbindung	47
D. Meßbarkeit staatlicher Machtausübung und Rechtsfindung praeter legem	49
1.) Die Parallelwertung in der Laiensphäre ..	50
2.) Verzerrung von Tatbestands- bestimmtheit und Analogieproblem	57
3.) Uferlosigkeit der Gesetzesausdehnung bei zulässiger Analogie praeter legem ...	59
4.) Auswirkung der Analogie praeter legem auf das gesamte Gefüge der Tatbestände ..	62
5.) Anerkennung eines Verbots unbegrenzter Ausschöpfung tatbestandserweiternder Analogie	63
6.) Versuch einer wirksamen Begrenzung der Analogie praeter legem	64
a) Beschränkung analoger Rechts- findung auf den Unrechtstypus	65
b) Anknüpfung an den Wortsinn trotz Analogie praeter legem	66
c) Das Vertrauen in die Richterschaft ...	67
7.) Ergebnis: Das Verbot jeglicher Tatbestandserweiterung	72
E. Die vom Verbot umfaßte strafbegründende und strafschärfende Analogie	76
F. Das Analogieverbot aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts	85
G. Abschließende Fragen	86
1.) Die Unzulänglichkeit der Gesetze	86
2.) Ausstrahlung des Analogieverbots auf den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit ...	88

	Seite
2. TEIL	
DURCHFÜHRUNG DES ANALOGIEVERBOTS	93
§ 1 Nichtbeachtung des Verbots selbst von Befürwortern des Prinzips	93
I. Hinweis auf die praktischen Schwierig- keiten bei der Handhabung des Verbots	93
II. Umgehung der praktischen Schwierigkeiten bei WELZEL	96
III. Fehlerhafte Handhabung des Verbots durch SPIER	103
IV. Die Auffassung MAURACHs	104
V. Die Meinung JAGUSCHs	105
VI. Das Verhältnis dieser Autoren zur herrschenden Meinung einerseits und zu SAX andererseits	106
VII. Das andere Extrem: Unzulässige Verschärfung des Analogieverbots bei NAUCKE	109
VIII. Ergebnis und Ausblick	111
§ 2 Korrekte Durchführung des Analogieverbots	112
I. Das generelle Wissen um das Vorhandensein von de-facto-Analogie und die Unkenntnis über analoge Rechtsfindung in Einzelfällen	112
II. Erste Kategorie umstrittener Fälle: Streit um theoretische Grundlagen	116
A. Der "Elektrizitätsdiebstahl"	117
B. Die unechten Unterlassungsdelikte	119
C. Sachbeschädigung ohne Substanzverletzung	125
D. Die Richterbestechung	126
E. Der Begriff des Sprengstoffs	130
F. Der Begriff des gespannten Fuhrwerks	133
G. Der strafrechtliche Gewaltbegriff	134
H. Ergebnis	139
III. Zweite Kategorie umstrittener Fälle: Streit um die äußerste Grenze des Wortsinns	140
A. Überblick über die Entwicklung des § 223 a StGB als Beispiel für die unzulängliche Behandlung der Analogieproblematik	141
1.) Die Zeit des Reichsgerichts	141
2.) Die Entwicklung nach 1945	146
3.) Ergebnis	149

B. Die wesentliche Aufgabe:	
Bestimmung des Wortsinns	151
1.) Die Ausgangslage beim Vorhandensein von de facto-Analogie	151
2.) Versuch teleologischer Bestimmung des Wortsinns	152
a) Wortsinn und Begriff	153
b) Wortsinn und Teleologie	154
c) Inkongruenz von Wortsinn und teleologischem Gehalt	155
3.) Sprache und Logik	156
a) Lebendige Sprache	157
b) Kunstsprache	157
4.) Die Leistungsfähigkeit der Sprache im Bereich der Erfahrung	158
5.) Der Grenzbereich: Unmöglichkeit einer exakten Bestimmung des Wortsinns	162
a) Begriffshof und Richtigkeit der Entscheidung	162
b) Richtigkeit der Entscheidung und Grenzen der Sprachsymbolik	163
c) Maßstab für die Mehrdeutigkeit des Wortsinns	166
d) Fazit der Untersuchungen	168
6.) Auswirkung des vom Wortsinn her nicht zu klärenden Bereichs auf die Rechtsfindung im allgemeinen	169
7.) Folgen für das Analogieverbot	170
a) Die dem möglichen Wortsinn von der herrschenden Meinung gegebene Deutung	170
b) Festhalten am Analogieverbot trotz eines Bereichs mangelnder Bestimmbarkeit des Wortsinns	172
c) Eigener Lösungsvorschlag	176
8.) Schlußbemerkungen	181

LITERATURVERZEICHNIS

- | | |
|-----------------|--|
| ACKERMANN | : Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen 1934, Heft 348 |
| ANDROULAKIS | : Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963 |
| ANSCHUTZ | : Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen, Verw.Arch.XIV, 1906, S.315 ff |
| ARNDT | : Gesetzesrecht und Richterrecht, NJW 1963, 1273 ff |
| de ASUA | : Nullum crimen, nulla poena sine lege, ZStW 63 (1951), 166 ff |
| BACHOF | : Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, JZ 1955, 97 ff
: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 2. Auflage 1964 |
| BADER | : Das Ermessen des Strafrichters, JZ 1955, 525 f |
| von BAR | : Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. I Das Strafgesetz 1906 |
| BARTHOLOMEYOZIK | : Die Kunst der Gesetzesauslegung, 1965 |
| BASTIAN | : Der Richter als Gesetzgeber. Eine rechtsvergleichende Betrachtung des Bereichs und der Methode der freien richterlichen Rechtsfindung unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Diss. Mainz 1955 |
| BAUMANN | : Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage 1968
: Einführung in die Rechtswissenschaft 1967
: Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungsgrenze im Strafrecht, MDR 1958, 394 ff |
| BAUMGARTEN | : Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, II. u. III. Teil, 1922 |
| BECKER | : Die besonders schweren Fälle des Strafrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, DJ 1935, 1188 ff |

- BENDIX : Analogie im Strafrecht ?, MonKrimps 24 (1933), S.687 ff
- BETTERMANN : Verwaltungsakt und Richterspruch, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S.361 ff
- : Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Die Grundrechte III, 2.Halbb., S.779 ff
- BIERLING : Juristische Prinzipienlehre, 4.Bd. 1911, Neudruck 1961
- BINDING : Handbuch des Strafrechts, 1.Bd. 1885
- : Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7.Auflage 1907
- : Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil 1.Bd., 2.Auflage 1902
- BLEI : Zum strafrechtlichen Gewaltbegriff, NJW 1954, 583 ff
- : Garantenpflichtbegründung beim unechten Unterlassen, Festschrift für Hellmuth Mayer 1966, S.119 ff
- BOCHENSKY : Die zeitgenössischen Denkmethoden 1954
- BOCKELMANN : Betrug verübt durch Schweigen, Festschrift für Eb.Schmidt 1961, S.437 ff
- BRECHER : Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, Festschrift für Arthur Nikisch, 1958, S.227 ff
- BRUNS : Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsmethodik, 1938
- : Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichts vom 26.8.1940 in DR 1940, 1938
- : Strafzumessungsrecht, Allgemeiner Teil 1967
- CANARIS : Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 1964

- CLASS : Generalklauseln im Strafrecht, Festschrift für Eb.Schmidt 1961, S.122 ff
- DAHM : Deutsches Recht, 2.Auflage 1963
: Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht, Recht und Staat 1931, Heft 78
- DALCKE-FUHRMANN-SCHÄFER : Strafrecht und Strafverfahren, 37.Auflage 1961
- DALLINGER : Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1951, 144 ff u. MDR 1956, 525 ff
- DANCKERT : Die Grenze zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie im Strafrecht, Diss. Köln 1967
- DÖLLE : Vom Stil der Rechtssprache, Recht und Staat 1949, Heft 138/9
- DREHER : Über die gerechte Strafe, Schriftenreihe der Süddeutschen Juristen-Zeitung Heft 5, 1947
- DREIER : Die Analogie im Strafrecht und die Erneuerung des Strafrechts im Dritten Reich, 1937
- DROST : Das Ermessen des Strafrichters, 1930
: Das Ermessen des Strafrichters als Problem der Strafrechtsreform, NJW 1955, 1255 ff
- EICK : Die Analogie im Strafrecht, Diss. Gießen 1912
- ELZE : Lücken im Gesetz, Diss. Halle 1913
- ENGISCH : Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 1935
: Der Begriff der Rechtslücke, Festschrift für Wilhelm Sauer 1949, S.85 ff
: Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1941/2, 5. Abhandlung
: Die normativen Tatbestandsmerkmale, Mezger-Festschrift 1959, S.127 ff

- ENGISCH : Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, Münchener Universitätsreden, Neue Folge Heft 35, 1963
- : Einführung in das juristische Denken, 4.Auflage 1968
- ENNECCERUS-NIPPERDEY : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1.Halbb., 15.Auflage 1959
- ERDMANN : Die Bedeutung des Wortes, 4.Auflage 1925
- ESSER : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts 2.Auflage 1964
- EXNER : Gerechtigkeit und Richteramt. Zwei akademische Antrittsreden 1922
- FEISENBERGER : Das Verhältnis der mildernden Umstände zu den besonders leichten und besonders schweren Fällen, ZStW 31 (1911), 948 ff
- von FEUERBACH : Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche, Teil 2, 1804
- : Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, herausgegeben von C.J.A. MITTERMAIER, 12.Auflage 1836
- : Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 2, 1800 (Neudruck 1966)
- : Philosophisch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats, 1798
- : Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt, 1798
- FORSTHOFF : Recht und Sprache, Prolegomena einer richterlichen Hermeneutik, Schriftenreihe der Königsberger Gelehrten Gesellschaft 1941
- FREISLER : Schutz des Volkes oder der Rechtsbrecher ? Fesselung des Richters oder des Verbrechers ? Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Sonderdruck Nr.2 1935
- FREYTAG-LÖRINGSHOFF : Logik, ihr System und ihr Verhältnis zur Logistik, 3.Auflage 1961

- FRIEDRICH : Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, ZSchwR N.F. Bd.51 (1952), S.439 ff
- GEIGER : Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar 1952
- GERLAND : Deutsches Reichsstrafrecht, 2.Auflage 1932
- GERMANN : Auslegung und freie Rechtsfindung, SchwZStr 55 (1941), 134 ff
- : Zum sogenannten Analogieverbot nach schweizerischem Strafgesetzbuch, SchwZStr 61 (1946), 119 ff
- : Methodische Grundfragen, 1946
- : Methoden der Rechtsfindung. Lehren aus dem Berner Kommentar zu den einleitenden Artikeln des ZGB für das Strafrecht, SchwZStr 79 (1963), 365 ff
- : Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2.Auflage 1967
- GIESE-SCHUNCK : Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 6.Auflage 1962
- GIPPER : Sessel oder Stuhl ? Ein Betrag zur Bestimmung von Wortinhalten im Bereich der Sachkultur. Festschrift für Weisgerber 1959, S.271 ff
- GMÜR : Die Anwendung des Rechts nach Art.1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 1908
- GRABHERR : Zulässige Interpretation und verbotene Analogie nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg/Schweiz 1952
- GROBMANN : Der Grundgedanke eines Strafgesetzes im Sinne des § 2 StGB n.F. und seine Bedeutung für die strafbegründende Analogie, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 424; 1941
- GRÜNHUT : Begriffsbildung und Rechtsanwendung, Recht und Staat 1926, Heft 41
- GRUNWALD : Zur gesetzlichen Regelung der 'unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70 (1958), 412 ff

- GRÜNWALD : Tatrichterliches Ermessen bei der
Strafzumessung ? MDR 1959, 713 ff
- GRADZE : Bedeutung und Begründung des Satzes
nulla poena sine lege, ZStW 76
(1964), 1 ff
- GURADZE : Die Europäische Menschenrechtskonvention zum Schutz der Menschenrechte
und Grundfreiheiten nebst Zusatzprotokollen, 1968
- HAFTER : Lücken im Strafgesetzbuch. Lücken-
ausfüllung, SchwZStr 62 (1947),
133 ff
- HAMANN : Grundgesetz und Strafgesetzgebung,
in: Strafrecht, Strafverfahren,
Kriminologie Bd.7 1963
- HASSEMER : Tatbestand und Typus. Untersuchungen
zur strafrechtlichen Hermeneutik.
Schriftenreihe ANNALES UNIVERSITATIS
SARAVIENSIS Rechts- und wirtschafts-
wissenschaftliche Abteilung Heft 33;
1968
- HATZ : Rechtssprache und juristischer Be-
griff, in: res publica. Beiträge zum
öffentlichen Recht Bd.10 1963
- HECK : Das Problem der Rechtsgewinnung. Ge-
setzesauslegung und Interessenjuri-
sprudenz. Begriffsbildung und Inter-
senjuriSprudenz.
Studien und Texte zur Theorie der
Methodologik des Rechts Bd.2 1968
- HEIDEGGER : Was heißt Denken ? 1954
- HEINITZ : Verfassungsmäßigkeit der Strafbe-
stimmung gegen den groben Unfug,
Berliner Festschrift für Ernst
E.Hirsch, S.47 ff
- HEINRICH : Der Grundgedanke des Strafgesetzes
nach § 2 StGB n.F., Diss. München
1939
- HEINZE : Das Verbot analoger Anwendung von
Strafgesetzen. Seine Begründung und
Grenzen, Diss. Breslau 1917
- HELLER : Logik und Axiologie der analogen
Rechtsanwendung, Neue Kölner Rechts-
wissenschaftliche Abhandlungen
Heft 16; 1961

- HENKE : Die Tatfrage. Der unbestimmte Begriff im Zivilrecht und seine Revisibilität, 1966
- HERRFAHRDT : Lücken im Recht, 1915
- HILDEBRANDT : Neuartige Auslegungsfragen im Strafrecht, Diss. Tübingen 1966
- von HIPPEL : Deutsches Strafrecht 2.Bd. 1930
- : Lehrbuch des Strafrechts 1932
- HOPPE : Analogie, 1873
- HORN : Studien zur Rolle der Logik bei der Anwendung des Gesetzes, Diss. Berlin 1962
- : Rechtssprache und Kommunikation. Grundlegung einer semantischen Kommunikationstheorie 1966
- HUBER : Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie, 1921
- HÜLLE : Anmerkung zu BGH LM § 223 a StGB Nr.1
- ISENBECK : Der "ähnliche Eingriff" nach § 315 b Abs.1 Nr.3 StGB, NJW 1969, 174 ff
- JESCH : Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd.82 (1957), S.163 ff
- JESCHECK : Methoden der Strafrechtswissenschaft, Studium generale 1959, 107 ff
- : Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (E 1962), ZStW 75 (1963), 1 ff
- : Die Behandlung der unechten Unterlassungsdelikte im deutschen und ausländischen Strafrecht, ZStW 77 (1965), 109 ff
- KANTOROWICZ : Die Freiheit des Richters bei der Strafzumessung, DJZ 1908, 962 f
- KAUFMANN, ARMIN : Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959

- KAUFMANN, ARMIN : Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, 173 ff
- KAUFMANN, ARTHUR : Gesetz und Recht, Festschrift für Erik Wolf, 1963, S.357 ff
- : Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 65/6; 1965
- KELLNER : Der sogenannte Beurteilungsspielraum in der verwaltungsrechtlichen Prozeßpraxis, NJW 1966, 857 ff
- KLEE : Strafe ohne geschriebenes Recht, DJZ 1934, 639 ff
- KLUG : Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodologisches Problem. Prolegomena zu einem axiomatischen Handlungsbegriff, Festschrift zum 70. Geburtstag von Carl August Emge 1960, S.33 ff
- : Juristische Logik, 3.Auflage 1966
- KNODEL : Der Begriff der Gewalt im Strafrecht, 1962
- KÜHLER : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 1917
- KOHLMANN : Nulla poena, nullum crimen sine lege, Art.103 Abs.2 GG und das Aktienrecht, in: Die Aktiengesellschaft 1961, 309 ff
- KOHLRAUSCH : Das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit und seine Vorgeschichte, ZStW 20 (1900), 459 ff
- : Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen, in: Gürtner, Strafrechtskommission Bes.Teil 1936
- : Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, Festschrift für Franz Schlegelberger, 1936, S.203 ff
- KOHLRAUSCH-LANGE : Strafgesetzbuch, 43.Auflage 1961
- KROMANN : Kurzgefaßte Logik und Psychologie, 1890

- LACKNER-MAASSEN : Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 4.Auflage 1967
- LANGE, HEINRICH : BGB, Allgemeiner Teil, 10.Auflage 1968
- LANGE, RICHARD : Der Rechtsstaat als Zentralbegriff der neuesten Strafrechtsentwicklung, in: Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages 1952
- : Die Systematik der Strafdrohungen, Materialien der Strafrechtsreform Bd.1, 1954, S.69 ff
- LANG-HINRICHSSEN : Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag 1960, Bd.3, S.1 ff
- LARENZ : Methodenlehre der Rechtswissenschaft 1960
- : Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 ff
- LEHMANN : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 12.Auflage 1960; 15.Auflage (LEHMANN-HUBNER) 1966
- LEIBHOLZ-RINCK : Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 1966
- LEIPZIGER KOMMENTAR : zum Strafgesetzbuch, 8.Auflage Bd.I 1957, Bd.II 1958
- LENCKNER : Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz "nullum crimen sine lege", JuS 1968, S.249 ff, 304 ff
- LIPPS : Die Verbindlichkeit der Sprache. Arbeiten zur Sprachphilosophie und Logik, 2.Auflage 1958
- von MANGOLDT-KLEIN : Bonner Grundgesetz 1, 1957
- MANZEN : Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, SJZ 1948, S.646 ff
- MARTIN : Anmerkung zu BGH LM § 223 a StGB Nr.9
- MATZKE : Was bedeutet die Überwindung der liberalistischen Weltanschauung für die heutige Stellung des Richters zum Strafgesetz, JW 1934, 1609 ff

- MAUNZ-DÜRIG : Grundgesetz 1964
- MAUNZ-SIEGLOCH-SCHMIDT- : Bundesverfassungsgerichtsgesetz,
BLEIBTREU-KLEIN Kommentar 1. Lieferung 1965
- MAURACH : Volksethik und Strafrecht, 1934
- : Die Objekte der Einziehung nach
§ 86 StGB, JZ 1964, 529 ff
- : Deutsches Strafrecht, Allgemeiner
Teil, 3.Auflage 1965
- : Deutsches Strafrecht, Besonderer
Teil, 4.Auflage 1964
- MAYER, HELLMUTH : Strafrecht, Allgemeiner Teil 1953
u. 1968
- : Das Analogieverbot im gegenwärtigen
deutschen Strafrecht, SJZ 1947
Sp.12 ff
- : Strafrechtsreform für heute und
morgen, Kriminologische Forschun-
gen Bd.1, 1962
- : Die gesetzliche Bestimmtheit der
Tatbestände, Materialien zur Straf-
rechtsreform, Bd.1, S.259 ff
- MAYER, MAX ERNST : Der Allgemeine Teil des Deutschen
Strafrechts, 2.Auflage 1923
- MEIER-HAYOZ : Der Richter als Gesetzgeber. Eine
Besinnung auf die von den Gerich-
ten befolgten Verfahrensgrundsätze
im Bereich der freien richterlichen
Rechtsfindung gemäß Art.1 Abs.2 des
schweizerischen Zivilgesetzbuches,
1951
- MENGER : Der Schutz der Grundrechte in der
Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die
Grundrechte III, 2.Halbb., S.717 ff
- MERKEL : Die Lehre von Verbrechen und Strafe
1912
- : Analogie und Auslegung des Gesetzes,
in: Holtzendorffs Handbuch des deut-
schen Strafrechts Bd.2, V, Abschnitt 2
- MERZ : Auslegung, Lückenausfüllung und Nor-
menberichtigung, AcP Bd.163 (1964),
305 ff

- MEYER-LADEWIG : Der Satz "nulla poena sine lege" in dogmatischer Sicht, MDR 1962, 262 ff
- MEZGER : Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger, 1926, S.187 ff
- MEZGER : Der Begriff der Rechtsquelle, Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Bruno Schmidt, 1931, S.19 ff
- MEZGER-BLEI : Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 12.Auflage 1967
- MEZGER-BLEI : Strafrecht II, Besonderer Teil, 9.Auflage 1966
- MILLETAT : Die "besonders schweren Fälle" im Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962, Diss. Berlin 1965
- MITTERMAIER : Über Analogie im Strafrecht, SchwZStr 63 (1948), 403 ff
- MITTERMAIER : Wie sind besonders schwere und besonders leichte Fälle (im Sinne des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch) in der zukünftigen Strafprozeßordnung zu behandeln ? Gutachten für den 32. Deutschen Juristentag 1914, Bd.I, S.246 ff
- MÜLLER : Analogie im Strafrecht schon de lege lata zulässig ? DJ 1934, 771 f
- NAUCKE : Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Nr.3, 1962
- NAUCKE : Zur Lehre vom strafbaren Betrug. Ein Beitrag zum Verhältnis von Strafrechtsdogmatik und Kriminologie: Kriminologische Forschungen Bd.3, 1964
- NAWIASKY : Allgemeine Rechtslehre, 2.Auflage 1948
- NEF : Gleichheit und Gerechtigkeit, 1941
- NEUMANN-DUESBERG : Sprache im Recht, 1949
- NOLL : Zur Gesetzestechnik des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs, JZ 1963, 297 ff
- OBERMAYER : Gedanken zur Methode der Rechtskenntnis, NJW 1966, 1885 ff

- OEHLER : Neue strafrechtliche Probleme des Absichtsbegriffs, NJW 1966, 1633 ff
- PALANDT : Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Auflage 1968
- PAUL : Die Möglichkeit der Neubildung und der Anwendung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Strafrechts, Diss. Jena 1939
- PETERS, HARALD : in dubio pro reo als geltender Rechtssatz des materiellen deutschen Strafrechts, Diss. Köln 1963
- PETERS, Karl : Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen, 1932
- : Nationalsozialismus und Strafrecht, JW 1933, 1561 ff
- : In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung des Richters bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolge) ? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Bd. I 2, S. 1 ff
- : Strafprozeß, Ein Lehrbuch. 2. Auflage 1966
- PFEIFFER-MAUL-SCHULTE : Strafgesetzbuch. Kommentar an Hand der Rechtsprechung des BGH, 1968
- RADBRUCH : Vorschule der Rechtsphilosophie, 3. Auflage, nach dem Tode des Verfassers besorgt von A. Kaufmann, 1965
- REGELSDERGER : Pandekten Bd. 1, 1893
- REINICKE : Die Auslegungsgrundsätze des Bundesgerichtshofs, NJW 1951, 681 ff
- REJEWSKI : Die Stellung des Strafrichters zu Schuldfrage unter dem Gesichtswinkel der Abgrenzung der ausdehnenden Auslegung zur Analogie, Diss. Berlin 1937
- RGR Kommentar : Herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Auflage, I. Bd. 1. Teil, 1959

- RIEZLER : Das Rechtsgefühl, Rechtspsychologische Betrachtungen, 1946
- RITTLER : Gesetztes und nicht-gesetztes Strafrecht, ZStW 49 (1929), 451 ff
: Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 1.Bd., Allgemeiner Teil 1954
- ROEDIGER : Analogie und Analogieverbot im Strafrecht, Diss.Greifswald 1934
- ROTH-STIELOW : Warte-, Folge-, Rückkehr- oder Selbstanzeigespflicht nach dem Verkehrsunfall, NJW 1963, 1188 ff
- ROXIN : Täterschaft und Tatherrschaft, 1963
- RUMPF : Gesetz und Richter. Versuch einer Methodik der Rechtsanwendung, 1906
- SARSTEDT : In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessungsfreiheit oder gesetzliche Bindung bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolge) ? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag 1955, Bd.II, S. D 29 ff
- SAUER : Allgemeine Strafrechtslehre. Grundlage des Strafrechts, 2.Auflage 1949
: Juristische Methodenlehre. Zugleich eine Einleitung in die Methodik der Geisteswissenschaften, 1940
: Zur Behandlung der gesetzlichen Schärfungs- und Milderungsgründe, GA 1955, 232 ff
- SAX : Das strafrechtliche Analogieverbot. Eine methodologische Untersuchung über die Grenze der Auslegung im geltenden deutschen Strafrecht, 1953
: Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Die Grundrechte Bd.III, 2.Halbb., S.909 ff
: Über Rechtsbegriffe. Gedanken zur Grenze rechtlicher Begriffsbildung, Festschrift zum 75.Geburtstag von Hermann Nottarp, 1961, S.133 ff

- SCHACK : Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgedanken bei der Ausfüllung von Lücken in den Normen des Verwaltungsrechts, Festschrift zu Ehren von Rudolf Laun, 1948, S.275 ff
- SCHAFFSTEIN : Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 9; 1936, S.47 ff
- SCHEM : Die Analogie im Strafrecht in ihrer geschichtlichen Entwicklung und heutigen Bedeutung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 369
- SCHMIDT-SALZER : Der Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden. Zum Verhältnis zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1968
- SCHÖNFELD : Grundlegung der Rechtswissenschaft, 1951
- SCHÖNKE : Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, MDR 1947, 85 ff
- SCHÖNKE-SCHRÖDER : Strafgesetzbuch Kommentar, 13.Auflage 1968
- SCHRÖDER : Gesetz und Richter im Strafrecht. Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft Neue Folge Nr.4, 1953
- : In welcher Weise empfiehlt es sich, die Grenzen des strafrichterlichen Ermessens im künftigen Strafgesetzbuch zu regeln (Ermessensfreiheit oder gesetzliche Bindung bei der Verhängung der Strafe und sonstiger Unrechtsfolge) ? Gutachten zum 41. Deutschen Juristentag 1955, Bd.I 2, S.57 ff
- SCHWARZ-DREHER : Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 30.Auflage 1968
- SCHWEIZER : Freie richterliche Rechtsfindung intra legem als Methodenproblem, 1959
- SCHWINGE : Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930

- SCHWINGE : Grundlagen des Revisionsrechts rechtsdogmatisch/rechtsvergleichend/ rechtspolitisch, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 4; 1935
- SPENDEL : Die kriminalpolitischen Aufgaben der Strafrechtsreform, NJW 1960, 1700 ff
- SPIES : Gesetzeswortlaut und Auslegung, DRiZ 1956, 168 ff
- SPIRO : Über den Gerichtsgebrauch zum allgemeinen Teil des revidierten Obligationenrechts, Baseler Studien zur Rechtswissenschaft Heft 25; 1948
- STAMPE : Unsere Rechts- und Begriffsbildung, 1907
- STEIN : Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung, NJW 1964, 1745 ff
- STERN : Ermessen und unzulässige Ermessensausübung. Eine Analyse der subjektiven und objektiven Elemente, Studien und Gutachten aus dem Institut für Staatslehre, Staats- und Verwaltungsrecht der Freien Universität Berlin Heft 4
- STERNAGEL-HAASE : Die Analogie im deutschen Strafrecht vor und nach der Novelle vom 28. Juni 1935, Diss. Heidelberg 1936
- STREE : Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Maßnahmen, 1960
- : Die Ersatzzehllerei als Auslegungsproblem, JuS 1961, 50 ff
- von TUHR : Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil, 1.Bd. 1910
- ULE : Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff, in: Die Vorträge der 6.Jahresversammlung der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet. Sonderdruck für Rheinland Pfalz 1955
- VIEHWEG : Topik und Jurisprudenz, 2.Auflage 1963

- WAIBLINGER : Die Bedeutung des Grundsatzes nullum crimen sine lege, in: Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, Festgabe der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristenverein 1955, S.215 ff
- WARDA : Dogmatische Grundlagen des richterlichen Ermessens im Strafrecht, 1962
- von WEBER : Zur Geschichte der Analogie im Strafrecht, ZStW 56 (1937), 653 ff
- WEIDENBACH : Die verfassungsrechtliche Problematik der Blankettgesetze, Diss. Tübingen 1965
- WEIGELIN : Die Lücken im Recht, Jhr.Jb. Bd.88 (N.F. Bd.52) 1939/40, S.2 ff
- WELZEL : Das Deutsche Strafrecht, 10.Auflage 1967
- WESTERMANN : Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955
- WILKE : Die Bedeutung des § 2 StGB, Diss. Göttingen 1938
- WOESNER : Generalklauseln und Garantiefunktion der Strafgesetze, NJW 1963, 273 ff
- WOLLSTADTER : Die Aufhebung der Rechtsparemie nulla poena sine lege in ihrer wesentlichsten Bedeutung als Verbot analoger Anwendung von Strafrechtssätzen, Diss.Frankfurt 1933
- WORTENBERGER : Vom Rechtsstaatsgedanken in der Lehre der strafrechtlichen Rechtswidrigkeit, Festschrift für Theodor Rittler, 1957, S.125 ff
- ZIMMERL : Die Auslegung des § 2 StGB.Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf von Gleispach, 1936, S.273 ff
- ZIPPELIUS : Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, 2229 ff
- : Zum Problem der Rechtsfortbildung, NJW 1964, 1981 ff
- ZITELMANN : Lücken im Recht, 1902

Einleitung

Die Diskussion um die Zulassung der Analogie im deutschen Strafrecht ist an einen Punkt gelangt, den die Rechtslehre vor knapp 40 Jahren schon einmal annähernd erreicht hatte. Anfang der dreißiger Jahre ¹⁾ rückte das Problem in den Brennpunkt wissenschaftlicher Diskussion; eine Mindermeinung ²⁾ gewann gegenüber der zuvor fast einhellig vertretenen Auffassung vom Bestehen eines Analogieverbots ³⁾ an Gewicht. Bevor aber noch die Problematik in ihrer ganzen Tragweite erkannt war, legalisierte die sogenannte Analogienovelle vom 26.6.1935 die Mindermeinung: Analogie war zulässig.

Nach Aufhebung der Novelle durch Kontrollratsgesetz Nr.11 vom 30.1.1946 wurde das Verbot allenthalben wieder anerkannt. Kritik hieran gab es grundsätzlich nicht, sie war politisch verdächtig. Die vor 1935 gebildete Mindermeinung war als Wegbereiter nationalsozialistischer Gesetzgebung suspekt und damit ebenfalls außerhalb der Diskussion. Lediglich SAUER ⁴⁾ meinte, Analogie dürfe auch nach Aufhebung des § 2 StGB in der Fassung von 1935 weiterhin angewandt werden. Die h.M. war indes so gefestigt, daß seine Auffassung nicht einmal zu Kritik herausforderte.

Der Anstoß zu neuer Durchforschung der Analogieproblematik kam bezeichnenderweise aus der schweizerischen Rechtslehre ⁵⁾, der man besondere Aufgeschlossenheit gegenüber nationalsozialistischen Ideen gewiß nicht nachsagen kann. Dennoch wurde in der Schweiz 1952 gleichsam der Nachruf auf das herkömmliche Analogieverbot geschrieben: GRABHERR war der letzte, der den möglichen

1) Zur früheren Geschichte der Analogie im Strafrecht vgl. v. WEBER, ZStW 56 (1937), 653 ff mit weiteren Nachweisen

2) BUNG, JW 1934, 1107 f; MATZKE, JW 1934, 1610 (1614); MÜLLER, DJ 1934, 771 f; KARL PETERS, JW 1933, 1561 (1564)

3) a.A. zuvor nur RUMPF, Gesetz u. Richter, S.143 mit Fußn.2

4) Allg. Strafrechtslehre, S.51/2

5) Hier sind vor allem GERMANN (SchwZStr 55 (1941), 134 ff; 61 (1946), 119 ff) und HAFTER (SchwZStr 62 (1947), 133 ff) zu nennen.

Wortsinn als Auslegungsgrenze anerkannte ¹⁾; und 1953 sagte auch in Deutschland eine Mindermeinung ²⁾ dem fest in Rechtsprechung und Lehre verankerten Analogieverbot den Kampf an. Heute ist es eine breite Front ³⁾, die der h.M. gegenübersteht. Neben dogmatischen Erwägungen wird der überkommenden Lehre vor allem entgegengehalten, das Analogieverbot sei praktisch undurchführbar ⁴⁾. Eine Auseinandersetzung mit dieser Mindermeinung ist unumgänglich. Selbst wenn man in Übereinstimmung mit der h.L. das Analogieverbot bejaht, bleibt unter allen Umständen zu prüfen, wie es sich am konkreten Fall bewährt. Die These von dem in der Praxis völlig leerlaufenden Prinzip bedarf der Überprüfung mit dem erklärten Ziel, entweder die h.M. aus praktischer Sicht zu bestätigen oder gegebenenfalls die von den Gegnern des Verbots aufgezeigten Konsequenzen ebenfalls zu ziehen. Bis heute ist die Behauptung von SAX nicht widerlegt, hinter der oft getroffenen Feststellung von der praktisch schwierigen Abgrenzung von Analogie und Auslegung verberge sich das Eingeständnis der völligen Unbrauchbarkeit des Analogieverbots ⁵⁾. Die Beschäftigung mit diesem Problem wird eine wesentliche Aufgabe der vorliegenden Untersuchung sein.

-
- 1) Zulässige Interpretation und verbotene Analogie nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg/Schweiz 1952; zur schweizerischen Lehre eingehend unten, S.
 - 2) Am Anfang steht die Habilitationsschrift von SAX: Das strafrechtliche Analogieverbot, 1953
 - 3) Neben SAX sind vor allem zu nennen: ARTHUR KAUFMANN, Analogie; HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.163 ff; HELLER, Logik u. Axiologie; MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 403 ff; MEYER-LADEWIG, MDR 1962, 262 ff; SAUER, Allg. Strafrechtslehre, S.51/2
 - 4) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3; SAX, Analogieverbot, S.81
 - 5) SAX, Analogieverbot, S.17, 81

1. TEIL

DAS VERBOT TATBESTANDSERWEITERNDER ANALOGIE

§ 1 Analogie intra legem

Wenn nach einer praktikablen Lösung des strafrechtlichen Analogieproblems gesucht wird, bedeutet das keine Beschränkung auf die Frage, nach welchen Kriterien Auslegung und Analogie voneinander abzugrenzen sind. Diese Unterscheidung erlangt praktische Bedeutung nur dann, wenn der Grundsatz "nullum crimen sine lege" ein Analogie v e r b o t beinhaltet. Würde der Meinung zuzustimmen sein, die ein Analogieverbot ablehnt ¹⁾, wäre damit zugleich die denkbar praktikabelste Lösung gefunden; es gäbe gar kein Analogie p r o b l e m .

Ob und gegebenenfalls wieweit der Analogieschluß im Strafrecht verboten ist, muß daher zu Beginn geprüft werden.

Ausgangspunkt ist der durch Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB und Art. 7 Abs. 1 der Menschenrechtskonvention verbürgte Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz".

Der Wortlaut keiner dieser Normen enthält den Begriff Analogie oder Analogieverbot. Daher ist es geboten, die Bedeutung des Analogschlusses aufzuzeigen und seine Auswirkung auf den nullum-crimen-sine-lege-Satz zu untersuchen.

Im weitesten Sinn kann Analogie dahin umschrieben werden: Sie ist E n t s p r e c h u n g z w e i e r v e r s c h i e d e n e r Ereignisse. Somit ist die Abwägung zwischen Ähnlichkeit und Verschiedenheit Grundlage des Analogschlusses ²⁾, und jede Feststellung, daß etwas einem anderen ähnelt, hat analogischen Charakter.

Allein die Feststellung der Ähnlichkeit ist durch den nullum-crimen-sine-lege-Satz nun ganz sicher nicht verboten. Jede Fall-Lösung beginnt mit derartigen Überlegungen, indem jeweils nur einzelne Normen überhaupt zum Gegenstand der Prüfung gemacht

1) vgl. oben S.2 Fußn.3

2) vgl. statt aller KLUG, Jur. Logik, S.101 ff

werden, weil die übrigen offensichtlich ganz andere Lebenssachverhalte betreffen. Der Lösungsweg wird weiter dadurch verkürzt, daß ähnliche, schon entschiedene Fälle als Vergleichsmaterial herangezogen werden.

Die Ausschaltung der offensichtlich neben der Sache liegenden Normen und die Einkreisung des Lebenssachverhalts durch gleichgelegerte Fälle bedeutet nur Vorbereitung der eigentlichen Entscheidung ¹⁾.

Der Grundsatz "keine S t r a f e ohne Gesetz" könnte es allenfalls verbieten, die Folgen aus der Feststellung zu ziehen, daß der zu entscheidende Fall einem anderen ähnlich ist, bzw. den Lebenssachverhalten gleicht, die von einer Norm zweifellos gemeint sind.

Wäre ein solches Verbot der uneingeschränkte Sinn des nullum-crimen-Grundsatzes, bestünde für das Strafrecht das Verbot, Gleiches gleich zu behandeln; denn gerade dieser Grundsatz kennzeichnet das Wesen der Analogie ²⁾. Schon auf den ersten Blick scheint klar, daß ein derartiges Verbot jedenfalls nicht generell und unbegrenzt bestehen kann, sind doch zumindest diejenigen Fälle gleich zu behandeln, die alle einer Norm subsumiert werden können.

Ein Verbot der Gleichbehandlung scheint daher allenfalls für Fälle bestehen zu können, die vom Gesetz nicht mehr umfaßt sind; d.h., ein Analogieverbot scheint überhaupt nur für den Bereich denkbar, in dem wegen der f e h l e n d e n gesetzlichen Bestimmung durch den Analogschluß eine Lücke geschlossen würde. Diese Vermutung entspricht der einhelligen Auffassung in der Rechtslehre, die der Analogie die Aufgabe zuweist, gesetzliche Lücken zu schließen ³⁾.

1) vgl. ENGISCH, Logische Studien, S.27

2) BINDING, Handb., 1.Bd., S.213; CANARIS, Lücken im Gesetz, S.25; FRIEDRICH, ZSchwR 51 (1952), 442; OBERMAYER, NJW 1966, 1889; ROEDIGER, Analogie, S.23; SCHRODER, Gesetz und Richter, S.18; PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, § 2 Anm.1; BGHSt 7, 193/4

3) CANARIS, Lücken im Gesetz, S.25; ENGISCH, Festschr.f. W.SAUER, S.90; FORSTHOFF, Recht u. Sprache, S.22; HELLER, Logik und Axiologie, S.136; MEYER-LADEWIG, MDR 1962, 262; NAWIASKY, Allg. Rechtslehre, S.146

I. Lücken innerhalb des Gesetzes

Dieser Gesichtspunkt begrenzt die Diskussion des Analogieproblems nicht auf den Raum jenseits der gesetzlichen Tatbestände und auf die Frage nach der tatbestandserweiternden Analogie. Lücken gibt es nach einer oft vertretenen Ansicht auch innerhalb des Gesetzes ¹⁾.

Um Ausfüllung von Lücken handelt es sich dieser Meinung nach, wenn "die Norm dem Richter nur eine allgemeine Direktive zur Rechtsfindung gibt und es im übrigen in die Verantwortung des Richters stellt, den Inhalt eines Rechtsbegriffs zu bestimmen" ²⁾. ZIPPELIUS beschreibt das Wesen der innergesetzlichen Lücke sehr plastisch: Man betrete "das freie Feld erst durch die Pforte gesetzlicher Vorschriften" ³⁾.

Damit stellt sich die Frage, ob es der nullum-crimen-Grundsatz verbietet, solche Lücken mittels Analogie zu schließen. Die Fragestellung wird dabei an Hand der "besonders schweren Fälle" verdeutlicht, die in besonderem Maße geeignet sind, in die Problematik innergesetzlicher Analogie einzuführen.

II. Analogie intra legem und Strafmaßentscheidung

Werden mit der h.M. in den "besonders schweren Fällen" Straf bemessungsregeln gesehen ⁴⁾, gehören sie in dem zweigliedrigen System von Tatbestand und Rechtsfolge auf die Rechtsfolgeseite.

1) GERMANN, Methodische Grundfragen, S.9, 111, 117/8, MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.60, 63; MERZ, AcP 163 (1964), 134/5; RITTNER (ZStW 49 (1929), 451 (453)) meint das Gleiche, wenn er von "unechtem ungesetzten Recht = Recht intra legem" spricht. Zurückzuführen ist diese Unterscheidung wohl auf ZITELMANN, Lücken im Recht, 1902

2) HENKE, Die Tatfrage, S.117; BASTIAN, der Richter als Gesetzgeber, S.66

3) ZIPPELIUS, NJW 1964, 1881 (1882)

4) vgl. MILLETAT, Die besonders schweren Fälle, S.37 mit weiteren Nachweisen.

Die Strafzumessung liegt im richterlichen Ermessen ¹⁾. Daraus folgt, daß auch die Entscheidung, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, eine Ermessensentscheidung darstellt.

Wenn entschieden ist, daß der Fall A als besonders schwerer Fall anzusehen ist und jetzt der Fall B zu entscheiden ist, wird der Richter Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen A und B feststellen. Sind die Unterschiede nur gering, die Gemeinsamkeiten dagegen groß, verdienen die miteinander verglichenen Fälle die gleiche Bewertung.

Wie groß die Gemeinsamkeiten miteinander verglichener Fälle auch sein mögen, immer werden sich Lebenssachverhalte nur ähnlich sein. Identität kann es nicht geben, weil jedes Ereignis wegen seiner Gebundenheit an Ort, Zeit und die beteiligten Personen notwendig von jedem anderen verschieden ist ²⁾. Bei einer Fall-vergleichenden Entscheidung wäre die Übertragung des beim Vergleichsfall ermittelten Ergebnisses auf den zu entscheidenden Fall daher Analogie: die Entsprechung zweier verschiedener Ereignisse.

Um eine ermessensfehlerhafte Entscheidung würde es sich dabei jedoch nur dann handeln, wenn der Richter durch den Analogschluß entweder die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessensspielraums überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Norm nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hätte ³⁾. Von einer Ermessensüberschreitung kann jedoch keine Rede sein, solange nicht der jeweils zur Verfügung stehende Strafraum überschritten wird. Ferner kann von einem Ermessensfehlergebrauch nur dann gesprochen werden, wenn sachfremde Erwägungen Platz gegriffen haben oder Umstände, die für die Entscheidung wesentlich waren, außer Betracht gelassen wurden ⁴⁾. Wenn nun der Richter wegen großer Ähnlichkeit beider Lebenssachverhalte den Fall B entsprechend dem schon entschiedenen Fall A als besonders schweren Fall behandelt, hat das nicht zur Folge, daß die Erwägungen, die zur Entscheidung geführt haben, sachfremd oder

1) BADER, JZ 1955, 525 f; BETTERMANN, Jellinek Gedächtnisschrift, S.361 ff, BRUNS, Strafzumessungsrecht, S.19, 64 ff, GRUNWALD, MDR 1959, 713 ff: gebundenes Ermessen; a.A. OLG Zweibrücken, NJW 1968, 2071, KARL PETERS, Strafprozeß, S.569: freies Ermessen

2) so HENKE, Die Tatfrage, S.110

3) vgl. BRUNS, Strafzumessungsrecht, S.64 ff

4) vgl. OGHSt 1, 174; BGHSt 6, 300

oder sonstwie fehlerhaft gewesen sein müssen. Die Gleichbehandlung gleichwertiger Fälle entspricht vielmehr der Gerechtigkeit, die als oberstes Prinzip der Strafzumessung angesehen wird ¹⁾. Wegen des dem Strafrichter eingeräumten Ermessens divergieren die Strafmaßentscheidungen vielfach bei vergleichbaren Straftaten so stark, "daß die Betroffenen und die Öffentlichkeit dafür wenig Verständnis haben" ²⁾. Hier bietet sich die Analogie geradezu an, um im Vergleich der Entscheidungen untereinander Richtlinien zu schaffen, die eine weitgehende Annäherung der Ermessensentscheidungen ermöglichen könnten ³⁾. Analogie muß daher als zulässiges Mittel für die Strafmaßentscheidung angesehen werden.

III. Der innertatbestandliche Analogschluß

Nichts anderes als bei der Entscheidung über die Strafzumessung sollte gelten, wenn es um die Auslegung gesetzlicher Tatbestände geht. Dieser Schluß liegt nahe, wenn einmal mit den Gegnern der h.M. angenommen wird - ohne damit die Richtigkeit dieser Mindermeinung anzuerkennen -, die "besonders schweren Fälle" seien Tatbestandsmerkmale ⁴⁾.

Die unterschiedliche rechtliche Qualifikation ändert nichts am Gehalt der mittels Analogie getroffenen Entscheidung. Demnach scheint schon bei erster Annäherung an das Problem des innergesetzlichen Analogschlusses das Ergebnis vorgezeichnet zu sein: Zulässigkeit der Analogie intra legem nicht nur bei der Strafzumessung, sondern auch bei der Auslegung gesetzlicher Tatbestandsmerkmale.

Dieses auf der Betrachtung der "besonders schweren Fälle" einmal als Strafbemessungsregeln und zum anderen als Merkmale des gesetzlichen Tatbestands beruhende Ergebnis kann indes nur vorläufig sein.

1) BRUNS, a.a.O., S.445, 449

2) so OLG Zweibrücken, NJW 1968, 2071

3) Im Verwaltungsrecht ist seit langem anerkannt, daß der Gleichheitsgrundsatz eine verbindliche Ermessungsrichtlinie darstellt, BVerwG 1, 327; 3, 124/5; 8, 10

4) so HAMANN, Grundgesetz u. Strafgesetzgebung, S.51/2; KOFFKA, Niederschriften Bd.VI. S.23; KARL PETERS, Gutachten, S.16

Es beruht nämlich auf der Annahme, daß beide Male derselbe Maßstab an die Zulässigkeit der Analogie gelegt werden kann. Davon kann aber nicht ohne weiteres ausgegangen werden, weil dem Richter bei der Subsumtion der Lebenssachverhalte unter die gesetzlichen Tatbestände kein Ermessen eingeräumt ist.

A. Das Verhältnis von Auslegung und richterlichem Ermessen

Hinsichtlich der normativen Tatbestandsmerkmale wird allerdings im Schrifttum zum Teil die Meinung vertreten, es handele sich um Ermessenbegriffe. Dieser vor allem von DROST ¹⁾ entwickelten Lehre von den unbestimmten Begriffen als Sitz sogenannten Tatbestandsermessens folgen unter anderen BRUNS ²⁾, MEZGER ³⁾, SCHAFFSTEIN ⁴⁾ und SCHRÖDER ⁵⁾.

Die Qualifizierung als Ermessensbegriffe beruht auf der Überlegung, daß der Richter wegen der Unbestimmtheit der normativen Tatbestandsmerkmale bei der Entscheidung oft ein persönliches Werturteil fällt.

SCHRÖDER leitet hieraus ab, die Rechtsanwendung könne in einem solchen Fall nicht durch bloße Subsumtion erfolgen. Der vom Gesetzgeber nicht ausgefüllte Raum sei dem Richter bewußt zur Ausgestaltung übergeben und die Entscheidungen daher in sein Ermessen gestellt ⁶⁾.

An dieser Betrachtungsweise der normativen Tatbestandsmerkmale ist ein richtiger Kern. Daß ihre Auslegung einer richterlichen Wertung bedarf, läßt sich schlechterdings nicht bestreiten. Das bedeutet aber noch kein Ermessen ⁷⁾.

1) Das Ermessen des Strafrichters, 1930 und NJW 1955, 1255 ff

2) Befreiung des Strafrechts, S.325, 332

3) Festschr. f. Traeger, S.217

4) Teleologische Begriffsbildung, S.51

5) Gutachten, S.57 ff

6) SCHRÖDER, Gutachten, S.66; ebenso DROST, Das Ermessen des Strafrichters, S.23

7) so aber DROST, NJW 1955, 1255: "Ermessen infolge der Unbestimmtheit"; ebenso OLG Köln, MDR 1957, 116: "erforderlich .. eine tatsächliche Wertung, damit tatrichterliche Ermessensausübung."

Gewollt ist bei den Wertbegriffen immer nur eine Anpassung an die Besonderheiten des einzelnen Falls, niemals aber an die individuellen Wertauffassungen des entscheidenden Richters ¹⁾. Der Gesetzgeber stellt im Tatbestand die Voraussetzungen auf, an die sich Rechtsfolgen knüpfen. Es wäre widersprüchlich, würde er die Rechtsprechung einerseits an diese Voraussetzungen binden und auf der anderen Seite zugleich bestimmen, der Richter könne nach seinem Ermessen entscheiden, ob der Tatbestand erfüllt ist ²⁾. Die notwendig eigene Wertung des Richters ist keine bewußt eingeräumte Freiheit, sondern eine notgedrungene Folge des Gesetzes als abstrakte Regelung ³⁾. Wohin die entgegengesetzte Meinung führen könnte, macht ein Beispiel WARDAs klar: Der Richter A bejaht eine unzüchtige Handlung, B verneint sie bei gleichem Sachverhalt. Das Rechtsmittelgericht könnte "wegen der Maßgeblichkeit der persönlichen Auffassung des entscheidenden Richters" keine der beiden Entscheidungen aufheben ⁴⁾. Die mit dem nullum-crimen-Grundsatz bezweckte Klarheit der Gesetzesanwendung würde in ein uneinheitliches Richterrecht zerfließen. Art. 103 Abs.2 GG überläßt aber die Bestimmung der Strafbarkeit allein den Gesetzen. Es soll gerade verhindert werden, daß diese Bestimmung dem Ermessen der Rechtsprechung anheim gestellt wird ⁵⁾. Wenn in der Strafrechtslehre heute noch von sogenanntem Tatbestandsermessen die Rede ist, wird zum Teil ausdrücklich klargestellt, ein Ermessen im Sinne des Verwaltungsrechts sei dem Strafrecht fremd ⁶⁾. Das ist gewiß richtig, nur sollte man viel-

1) WARDA, Ermessen im Strafrecht, S.39

2) STERN, Ermessen, S.19, 23; ULE, Verwaltungsgerichtspräsidenten, S.22

3) BACHOF, Rechtsprechung, S.232;
STERN, Ermessen, S.23
ENGISCH, Mezger-Festschr., S.152/3;
WESTERMANN, Streitentscheidung, S.23

4) WARDA, Ermessen im Strafrecht, S.27

5) ENGISCH, Einführung, S.115/6; KARL PETERS, Strafprozeß, S.569; WARDA, a.a.O.; im Verwaltungsrecht ist unstr., daß der Behörde kein Ermessen eingeräumt ist, wo nur das Gesetz eine Regelung treffen darf, vgl. BVerwG NJW 1964, 1974 f

6) SCHRÖDER, Gutachten, S.62; MEZGER, Festschr.f.Traeger, S.217; kein "völlig freies subjektives Ermessen"

leicht, um Mißverständnisse zu vermeiden, den in der verwaltungsrechtlichen Terminologie verbrauchten Begriff nicht als Begriffshülse mit anderem Inhalt im Strafrecht verwenden, soweit es um die Auslegung des gesetzlichen Tatbestands geht.

Bei der Auslegung unterliegt der Richter, um mit BETTERMANN ¹⁾ zu sprechen, einer totalen Rechtsbindung. Hält man sich dies vor Augen, wird die Diskussion über die scheinbar schon beantwortete Frage nach der Zulässigkeit innertatbestandlicher Analogie erneut angeregt. Bisher steht nur für die Rechtsfolge fest, daß der Strafrichter den ihm zur Verfügung gestellten Strafraumen mittels Analogie intra legem ausfüllen darf. Die Entscheidung, ob zwei miteinander verglichene Fälle gleichwertig sind und demzufolge hinsichtlich der Strafzumessung gleich behandelt werden müssen, ist in das richterliche Ermessen gestellt. Zwar hat auch der Strafrichter bei der Strafzumessung die gesetzlich en t s p r e c h e n Ziele im Einzelfall zu vollziehen ²⁾; das Gesetz enthält jedoch keine Strafzumessungsrichtlinien ³⁾. Insofern muß die Rechtsprechung selbst die Richtlinien festlegen, die dem Gesetz e n t s p r e c h e n . Dem Richter bleibt es somit zu einem großen Teil überlassen, das Kriterium für die Gleichbehandlung selbst zu wählen.

Ein ganz anderes Bild bietet sich bei der Auslegung gesetzlicher Tatbestände.

Bei der Frage, ob ein Lebenssachverhalt einem Tatbestand subsumiert werden kann, weil ein ähnlicher Fall der betreffenden Norm zugeordnet wurde, darf die Rechtsprechung den Maßstab für die Gleichbehandlung nicht selbst bestimmen. Die Bedingungen für die Subsumtion können nur aus dem gesetzlichen Tatbestand herausgelesen werden. Folglich müssen die Auslegungsmethoden geeignet sein, das gesetzlich Bestimmte gleichsam maßgetreu in die Entscheidungen zu übertragen. Ob der Analogieschluß zu Entscheidungen führt, die das Gesetz unverzerrt widerspiegeln, muß jedoch in Zweifel gezogen werden.

1) Jellinek Gedächtnisschrift, S.365

2) BRUNS, Strafzumessungsrecht, S.67

3) BRUNS (a.a.O., S.69) befürwortet die Schaffung derartiger Strafzumessungsrichtlinien

B. Zweifel an der Eignung des Analogenschlusses als Auslegungshilfe

Das Verhältnis von Ermessen und Analogie wird nirgends diskutiert, man erkennt offensichtlich, daß beides miteinander vereinbar ist. Dagegen steht die Frage, ob der Analogieschluß für die Auslegung gesetzlicher Tatbestände verwandt werden darf, im Brennpunkt wissenschaftlicher Diskussion. Von den meisten Autoren wird die Brauchbarkeit des Analogenschlusses für das Subsumtionsverfahren in Zweifel gestellt. Es heißt, der Analogeschluß sei "letztlich nicht zwingend" ¹⁾, "im strengen Sinn nicht logisch" ²⁾, "metalogisch" ³⁾, ein "vorläufiger Schluß" ⁴⁾, eine "Vermutung von unbestimmtem Wert" ⁵⁾. VON TUHR spricht von der Analogie als von einem "mit Vorsicht zu üübendem Verfahren;" ⁶⁾ ARTHUR KAUFMANN meint, Analogie liefere "niemals gesicherte Ergebnisse" ⁷⁾. Diese Aussagen rechtfertigen es, die Diskussion des strafrechtlichen Analogieproblems auch auf den innertatbestandlichen Bereich zu erstrecken und sie nicht von vornherein auf die Analogie praeter legem zu beschränken. An der Meßbarkeit und Voraussehbarkeit staatlicher Eingriffe bestehen ernste Zweifel, wenn die Analogie schlechthin - also auch die innertatbestandliche - zu ungewissen und stets problematischen Ergebnissen führt, wie es behauptet wird. Dann bestehen auch Bedenken, ob eine derart vage Rechtsfindung mit dem nullum-crimen-Grundsatz vereinbar ist.

Die Gegner des Analogieverbots jedenfalls deuten die h.M. dahin, daß jedwede Analogie zu Ungunsten des Angeklagten im Strafrecht verboten ist ⁸⁾. Offensichtlich setzt der Streit um die Zulassung der Analogie also bereits beim innertatbestandlichen Analogeschluß ein.

1) HELLER, Logik u. Axiologie, S.119, 120

2) DANCKERT, Analogie, S.12

3) HELLER, a.a.O., S.55

4) HOPPE, Die Analogie, S.12, 45

5) KROMANN, Logik, S.96

6) v. TUHR, Allg. Teil, 1.Bd., S.43

7) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.6

8) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.5; HELLER, Logik und Axiologie, S.142; SAX, Analogieverbot, S.152 ff

C. Die selbständige Bedeutung innertatbestandlicher Analogie

Um prüfen zu können, ob gegen die Zulässigkeit des innertatbestandlichen Analogschlusses aus den eben genannten Gründen Bedenken bestehen, soll im folgenden Auswirkung und Bedeutung der Analogie intra legem für das Auslegungsverfahren genauer betrachtet werden.

Welche Funktion dem Analogschluß hierbei zukommt, wird deutlich, wenn für die zu treffende Entscheidung einmal kein vergleichbarer und schon entschiedener Fall zur Verfügung steht. Damit entfällt die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung, der Richter muß allein durch Auslegung ohne Analogschluß zur Entscheidung gelangen. Die Möglichkeit analoger Anwendung bedeutet also Vereinfachung und Abkürzung der Auslegung. Auch wo ohne Zuhilfenahme von Analogie eine unmittelbare Subsumtion unter die Gesetzesnorm möglich wäre, behält wegen der Möglichkeit, den Lösungsweg zu verkürzen, der innertatbestandliche Analogschluß eine eigenständige Bedeutung.

Diese Feststellung bedarf einer zusätzlichen Verdeutlichung, weil im Schrifttum die Bedeutung innertatbestandlicher Analogschlüsse zum Teil nicht gesehen wird.

Oft sind die gleichen Begriffe in verschiedenen Tatbeständen enthalten, ohne notwendigerweise dieselbe Bedeutung zu haben; z.B. der Absichtsbegriff, der je nach der Funktion der einzelnen Bestimmungen einen ganz verschiedenen Sinn hat ¹⁾. Erscheint nun ein Begriff mehrdeutig und sein Sinn unklar, kann eine sachgerechte Lösung gegebenenfalls dadurch gefunden werden, daß die zu dem gleichen Begriff eines anderen Tatbestands entwickelten Grundsätze entsprechend angewendet werden ²⁾, z.B. die Übertragung der zu § 246 StGB hinsichtlich des Gewahrsams entwickelten Grundsätze auf den Begriff der Unterschlagung in § 350 StGB ³⁾.

So kann im Vergleich der gesetzlichen Tatbestände untereinander mittels Analogie (oder durch deren Korrelat: durch Umkehrschluß) im Einzelfall gleichsam die Höhenmarke des in Betracht kommenden

1) vgl. OEHLER, NJW 1966, 1632 ff

2) in diesem Sinne WELZEL, Strafrecht, S.21

3) vgl. hierzu MEZGER-BLEI, BT, S.352

Tatbestands bestimmt werden ¹⁾.

Es ist daher unrichtig, wenn MITTERMAIER ausführt, "der Begriff der analogen Auslegung" sei "ein Unding" ²⁾, ähnlich REGELSBERGER, der annimmt, Analogie führe stets über den Wortsinn der Norm hinaus ³⁾; ebenso SCHWEIZER, wenn er meint von Analogie könne nicht gesprochen werden, wo in Wirklichkeit nach der ratio legis gesucht werde ⁴⁾; in diesem Sinn auch BAUMANN ⁵⁾, ZIPPELIUS ⁶⁾ und FRIEDRICH ⁷⁾.

Tatsächlich ist auch im Rahmen der Auslegung Raum für den Analogschluß ⁸⁾. Den Gegnern des Analogieverbots ist zuzugeben, daß die häufig getroffene Feststellung, Analogie beginne erst, wo die Auslegung ende, nicht haltbar ist ⁹⁾.

Eine ganz andere Frage ist, ob die der Auslegung dienende Analogie auf Grund Art. 103 Abs. 2 GG verboten ist. Diese Fragestellung knüpft an die oben ¹⁰⁾ zitierte Meinung von den stets unsicheren und überaus problematischen Analogschlüssen an.

1) WELZEL, Strafrecht, S.21; GERMANN, SchwZStr 61 (1946), 124; vgl. als praktisches Beispiel z.B. OLG Köln, NJW 1968, 2116 f

2) SchwZStr 63 (1948), 413

3) Pandekten, S.159

4) Freie richterliche Rechtsfindung, S.39

5) Allg. Teil, S.144

6) NJW 1967, 2231

7) ZSchwR 51 (1952), 450

8) H.MAYER, Allg. Teil, S.37 u. SJZ 1947, Sp.12 ff; EICK, Die Analogie im Strafrecht, S.17, 62; HEINZE, Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen, S.21

9) vgl. SAX, Analogieverbot, S.15

10) S.11

D. Fehlerquellen des unrichtigen innertatbestandlichen Analogschlusses

Jetzt ist zu prüfen, ob mit der durch Analogie intra legem herbeigeführten Verkürzung des Lösungswegs irgendwelche negativen Auswirkungen auf die Richtigkeit der Entscheidung verbunden sind. Nur wenn das der Fall wäre, kann Anlaß bestehen, Analogie für das Auslegungsverfahren gänzlich zu verbieten; nur dann besteht nämlich die Gefahr, mittels Analogie zu vagen, unsicheren und stets problematischen Ergebnissen zu gelangen. Um feststellen zu können, ob durch den Analogschluß die Chance einer richtigen Entscheidung vermindert wird, muß zuvor geklärt werden, welche Fehler bei einer mittels Analogie getroffenen Entscheidung überhaupt vorkommen können.

1.) Fehlerhafte Entscheidung des Vergleichsfalls

Führt der Analogschluß zu einem unrichtigen Ergebnis, kann der Fehler einmal darin liegen, daß der Vergleichsfall falsch entschieden und diese Fehlentscheidung sodann durch die entsprechende Anwendung in die Lösung des zu entscheidenden Falls übertragen wurde. Obwohl nun eine entsprechende Anwendung die vorausgegangene *r i c h t i g e* Entscheidung voraussetzt, ist der Analogschluß selbst aber streng von seinen Voraussetzungen zu trennen ¹⁾.

Fehlerquelle wäre der Analogschluß in dem eben gebildeten Fall daher nur insofern, als er richtigerweise nicht hätte angewendet werden dürfen. Die fehlerhafte Anwendung besagt aber nichts gegen die Qualität des richtig angewandten Analogschlusses.

2.) Mangelnde Gleichwertigkeit der miteinander verglichenen Fälle

Das Gleiche gilt für die zweite mögliche Fehlerquelle: Die mangelnde Gleichwertigkeit der miteinander verglichenen Fälle. Wird in einem solchen Fall analog geschlossen, führt das zu einer unrichtigen Entscheidung, die ihre Ursache wiederum darin hat, daß der Analogschluß richtigerweise nicht hätte angewandt werden dürfen.

1) BIERLING, Jur. Prinzipienlehre IV, S.202, 205

3.) Fehlerhafte Wertung bei der Ähnlichkeitsfeststellung

Diese strenge Unterscheidung des Analogschlusses von seinen Voraussetzungen könnte nun zu der Schlußfolgerung verleiten, daß es sich entgegen der einhelligen Meinung im Schrifttum ¹⁾ bei der Analogie um einen logischen Schluß par excellence handelt. Wenn nämlich feststeht, daß zwei Fälle gleichwertig sind, ist die Annahme der Gleichheit der Rechtsfolgen zwingend ²⁾.

Diese Betrachtungsweise würde aber der Problematik des Analogschlusses in keiner Weise gerecht. Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der Frage, wann zwei miteinander verglichene Fälle gleichwertig sind und nach welchen Gesichtspunkten dies beurteilt werden kann ³⁾.

HELLER spricht in diesem Zusammenhang von der Bestimmung des "Gleichheitskreises" ⁴⁾. Durch ein rein logisches Verfahren kann seiner Meinung nach die Gleichwertigkeit zweier Fälle nicht festgestellt werden, weil die Analogie in den "metalogischen" Bereich übergreift ⁵⁾. Das gleiche meint RIEZLER, wenn er ausführt, dem Analogschluß liege stets eine "vergleichende Wertung" zugrunde ⁶⁾. Damit will er klarstellen, daß jeder Analogschluß sich wegen der persönlichen Bewertung der verglichenen Fälle einer Überprüfung allein mit logischen Mitteln entzieht. RUMPF spricht aus demselben Grund vom "überlogischen Gehalt der Analogie". Zu diesem Ergebnis gelangt schließlich auch KLUG. Zwar stellt er für die Bestimmung des "Ähnlichkeitskreises" ⁷⁾ die Formel auf: "Stets wenn für den Ähnlichkeitskreis der Voraussetzungen $v_1, 2, \dots, n$ die Rechtsfolgen $r_1, 2, \dots, n$ eintreten, und x gehört zu diesem Ähnlichkeitskreis (d.h., x ist ein Sachverhalt, der die Voraussetzungen des Ähnlichkeitskreises erfüllt), so treten für x auch die Rechtsfol-

1) vgl. oben S.11 Fußn.1 bis 7

2) KLUG, Jur. Logik, S.128; HELLER, Logik und Axiologie, S.118

3) vgl. HELLER, Logik u. Axiologie, S.110; KLUG, Jur. Logik, S.128

4) HELLER, a.a.O., S.120

5) HELLER, a.a.O., S.55

6) RIEZLER, Das Rechtsgefühl, S.144/5

7) KLUG (a.a.O., S.125 ff) meint damit dasselbe wie HELLER (a.a.O., S.120) mit dem Begriff des Gleichheitskreises

gen $r_1, 2, \dots, n$ ein (d.h., so gehört x zu denjenigen Sachverhalten, für welche die Rechtsfolgen $r_1, 2, \dots, n$ eintreten) ¹⁾.

Damit erweckt KLUG den Anschein mathematischer Bestimmbarkeit des Analogschlusses. Das ist indes ein bloßer Schein; denn die eigentliche Frage, w a n n zwei Lebenssachverhalte so gleichwertig sind, daß die auch vorhandenen Unterschiede ignoriert werden können, bleibt offen. Entscheidend ist nach KLUGs eigenen Worten hierfür der Zweckmäßigkeitssichtspunkt. Ein teleologisches, kein logisches Verfahren bestimmt daher die Prämissen des Analogschlusses ²⁾.

Ohne jetzt weiter im einzelnen auf die Lösungsversuche einzugehen, die im Schrifttum zur Bestimmung der Gleichwertigkeit unternommen werden, kann schon bei erster Annäherung an das Problem eine Aussage getroffen werden: Wie sehr man sich auch um eine exakte Bestimmung der Ähnlichkeit bemüht, so muß doch zugegeben werden, daß diese Prüfung letztlich in eine wertende Tätigkeit mündet ³⁾ und sich damit dem Bereich der reinen Logik entzieht ⁴⁾.

Damit soll an die anfangs gestellte Frage angeknüpft werden, ob der Analogschluß Unsicherheiten birgt, die zu einem generellen Analogieverbot führen.

Nachdem festgestellt ist, daß die mittels Analogie getroffenen Entscheidungen auf einer wertenden Tätigkeit beruhen, soll die Fragestellung dahin präzisiert werden, ob der nullum-crimen-Grundsatz möglicherweise dieser Wertung wegen den Analogschluß generell verbietet.

Obwohl notwendigerweise mit jeder wertenden Tätigkeit mehr Unsicherheit und Zweifel verbunden sind als dies bei einem rein logischen Verfahren der Fall ist, kann ein generelles Analogieverbot allein aus dieser Tatsache jedoch nicht hergeleitet werden. Das ergibt die folgende Überlegung: Die gesetzlichen Tatbestände sind angereichert mit normativen Tatbestandsmerkmalen, die ein

1) KLUG, a.a.O., S.127

2) KLUG, Jur. Logik, S.128

3) LARENZ, Methodenlehre, S.288

4) BRECHER, Festschr. f. A. Nikisch, S.235; BASTIAN, Der Richter als Gesetzgeber, S.75; DAHM, Deutsches Recht, S.52; ENGLISCH, Einführung, S.145; ESSER, Grundsatz u. Norm, S.231; FRIEDER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.81/2; NAWIASKY, Allg. rechtslehre, S.147/8; HELLER, Logik und Axiologie, S.46; LARENZ, NJW 1965, 5

richterliches Werturteil verlangen ¹⁾. Diese Begriffe ermöglichen oft keine eindeutigen, zweifelsfreien Subsumtionen und lassen sich allein mit Mitteln der Logik nicht klären ²⁾. Mag auch bei solchen Begriffen die Feststellung schwierig sein, wo genau die Grenze zwischen bestimmten und nicht mehr im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG bestimmten Tatbeständen verläuft, fest steht, daß auch unter Beachtung des Grundsatzes der Gesetzesbestimmtheit auf wertausfüllungsbedürftige Begriffe in toto nicht verzichtet werden kann. Ohne sie könnte der Gesetzgeber der Vielgestaltigkeit des Lebens nicht Rechnung tragen ³⁾. Allerdings - darauf wurde oben schon hingewiesen ⁴⁾ - ist dem Richter hierdurch kein Ermessen eingeräumt. Obwohl er wegen der weit gefaßten Gesetzesbegriffe "nicht nur Gefolgsmann des Gesetzes, sondern auch sein Gestalter" ⁵⁾ ist, bleibt er auch an mehrdeutige gesetzliche Tatbestände gebunden ⁶⁾.

Unter diesem einschränkenden Blickwinkel ist die folgende Charakterisierung der strafrichterlichen Tätigkeit zu verstehen: Der Strafrichter wird stets wertend tätig ⁷⁾, "seine Persönlichkeit ist mitentscheidende Instanz, geht in die Entscheidung ein und trägt sie" ⁸⁾.

Stellt sich die Auslegung als eine wertende Tätigkeit dar, kann nun die der Auslegung dienende Analogie nicht mit der Begründung verboten werden, daß sie auf einer wertenden Tätigkeit basiert. LARENZ hat mir Recht darauf hingewiesen, daß insofern das bei der Ausfüllung unbestimmter Begriffe und das bei der Analogie angewandte Verfahren identisch ist ⁹⁾.

1) vgl. MEZGER-BLEI, AT, S.104; GRUNHUT, Begriffsbildung, S.5; SCHWINGE, Revisionsrecht, S.113

2) so DROST, Das Ermessen des Strafrichters, S.22/3

3) so ausdrücklich BVerfG 4, 352 (367 f), im Schrifttum unstr., vgl. MAUNZ-DURIG, Art.103.Rdn.107

4) S.8 ff

5) so KARL PETERS, Gutachten, S.6

6) so KARL PETERS, Die Stellung des Strafrichters, S.23

7) vgl. MEZGER-BLEI, AT, S.27; STEIN, NJW 1964, 1745 (1746/7)

8) so ENGISCH, Wahrheit und Richtigkeit im jur. Denken, S.22, an anderer Stelle nennt ENGISCH die Rechtswissenschaft "die Wertungswissenschaft par excellence" (Die Einheit der Rechtsordnung, S.1).

9) LARENZ, Methodenlehre, S.288, ebenso GERMANN, Probleme u. Methoden der Rechtsfindung, S.121

E. Die rechtsergänzende Funktion der Analogie

Allein die Tatsache, daß mit dem Analogschluß notwendig eine Wertung verbunden ist, vermag daher auch nicht zu erklären, warum die Analogie als überaus problematisch erachtet und stets mit so viel Skepsis betrachtet wird ¹⁾. Erst ein weiterer Gesichtspunkt macht klar, worin der eigentliche Grund für diese Auffassung zu sehen ist. Schon bei näherer Betrachtung der in der Rechtslehre gebräuchlichen Analogie-Definitionen wird deutlich, welches Merkmal gemeint ist.

Mit wenigen Ausnahmen wird auf die "rechtsergänzende Funktion der Analogie" ²⁾ abgestellt. Durch den Analogschluß sollen die dem Gesetz zu entnehmenden Prinzipien auf Fälle angewandt werden, "die von den im Gesetz entschiedenen nur unwesentlich abweichen" ³⁾. Das Gesetz soll auch noch dort Anwendung finden, wo nicht mehr sein Buchstabe, wohl aber sein Geist den Fall beherrscht ⁴⁾; WEIGELIN spricht sogar davon, daß durch Analogie ein Rechtssatz "erfunden" werde ⁵⁾.

Wird diese Auffassung den folgenden Überlegungen einmal zugrunde gelegt, wird klar, warum der Analogschluß überwiegend als ein fragwürdiges Instrument für die Gesetzesinterpretation betrachtet wird ⁶⁾. Die Ähnlichkeitsfeststellung alleine ist nicht "gefährlicher" als die Auslegung irgend eines normativen Tatbestandsmerkmals ⁷⁾. Wenn diese wertende Tätigkeit aber den Wirkungsbereich des Gesetzes über den von seinem Wortsinn umfaßten Bereich hinaus vergrößert, ist die gesetzliche Bindung nicht mehr sichtbar. Es fehlt der gefundenen Lösung dann die feste Verankerung im Gesetz, welche durch die Übereinstimmung mit dem Wortsinn stets

1) vgl. das auf S.11 Fußn. 1 bis 7 zitierte Schrifttum

2) ENGISCH, Logische Studien, S.137

3) Dieser Deutung hat sich die überwiegende Rechtslehre angeschlossen; vgl. BAUMANN, Einführung, S.93; ENNECCERUS-NIPPERDEY AT, 1.Halbb., S.339; HELLER, Logik u. Axiologie, S.75/6; HENRFAHRDT, Lücken im Recht, S.74; LACKNER-MAASSEN, StGB § 2, Anm.1c; SCHWARZ-DREHER, StGB § 2 Anm.1 D b; SCHACK, Festschr. f. R. Laun, S.278; STAMPE, Unsere Rechts- und Begriffsbildung, S. 12

4) SCHÖNFELD, Grundlagen der Rechtswissenschaft, S.322

5) Lücken im Recht, S.13/4

6) vgl. das oben S.11 Fußn. 1 bis 7 zitierte Schrifttum

7) vgl. oben S.23 f

vorhanden ist. Damit hat die mittels Analogie gefundene Entscheidung keine sichtbare Stütze mehr im Gesetz.

F. Keine Rechtsergänzung mittels Analogie intra legem

Ob der nullum-crimen-Grundsatz die über den Wortsinn hinausgehende Analogie verbietet, soll aber jetzt noch nicht untersucht werden; Ausgangspunkt der bisherigen Erörterungen war die Frage nach der Zulässigkeit innertatbestandlicher Analogie. Diese Frage kann bereits beantwortet werden.

Da als einzige "Gefahr" der Analogie die mögliche Gesetzeserweiterung in Betracht kommt, steht fest, daß der Analogeschluß jedenfalls soweit nicht verboten sein kann, wie er sich innerhalb der für das Auslegungsverfahren gezogenen Grenzen hält. Also zumindest innerhalb des vom Wortsinn des Gesetzes umfaßten Bereichs kann aus dem nullum-crimen-Grundsatz ein Analogieverbot nicht hergeleitet werden.

Wird ein Fall analog einem bereits entschiedenen dem in Rede stehenden Tatbestand zugeordnet und sind die miteinander verglichenen Fälle beide vom Wortsinn der Norm umfaßt, so ist die mittels Analogie herbeigeführte Entscheidung selbst noch unmittelbar im Gesetz angeordnet. Also hat Analogie intra legem a u s s c h l i e ß l i c h die Aufgabe, den Lösungsweg zu verkürzen. Stets käme man ohne sie zum gleichen Ergebnis. Erst wenn ein Lebenssachverhalt nicht mehr vom Wortsinn des gesetzlichen Tatbestands erfaßt ist, also die Analogie rechtsergänzende Funktion erlangt, kann sie von keinem anderen Schluß ersetzt werden und ist dann auch durch keinen anderen Schluß mehr überprüfbar.

Die unterschiedlichen Funktionen der Analogie hat bereits MERKEL scharf hervorgehoben; er unterscheidet die der Auslegung des Gesetzes dienende und die im Dienste legislativer Aufgaben stehende Analogie ¹⁾. Es erstaunt daher, daß diese Unterscheidung heute nicht mehr allenthalben bekannt ist ²⁾. Was teilweise als Cha-

1) in HOLTZENDORFFs Handb.d.Strafrechts Bd.2, V, Abschn.2, S.76

2) vor 50 Jahren war es völlig unstrittig, daß Analogie im Rahmen der Auslegung möglich ist, sog. interpretative Analogie; vgl. EICK, Die Analogie im Strafrecht, S.17, 62; HEINZE, Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen, S.21

rakteristikum für die Analogie schlechthin angeführt wird, nämlich die Anwendung der im Gesetz enthaltenen Prinzipien auf Fälle, die von den im Gesetz entschiedenen nur unwesentlich abweichen ¹⁾, gilt nicht für die innergesetzliche Analogie.

G. Ergebnis: Zulässigkeit innertatbestandlicher Analogie

Damit findet die eingangs gestellte Frage, ob der nullum-crimen-sine-lege-Satz es verbietet, Lücken innerhalb des Gesetzes mittels Analogie zu schließen, ihre Beantwortung.

Wenn der Richter bei der Entscheidung über wertausfüllungsbedürftige Begriffe durch persönliche Wertung und mit Hilfe der Analogie Lücken innerhalb des Gesetzes ausfüllt, vollzieht sich dies im Rahmen des vom Gesetz dem Richter eingeräumten Auslegungsspielraums. Wenn Entscheidungen wegen des *Ausmaßes* der notwendig eigenen Wertung in die Nähe der freien Rechtsfindung ²⁾ rücken, hat das seinen Grund allein in der mangelnden Bestimmtheit des jeweiligen Tatbestands. Sind nämlich die gesetzlichen Straftatbestände sehr unbestimmt, ist der Auslegungsspielraum notwendigerweise groß. In einem solchen Fall muß der Richter im weiten Rahmen der Gesetzesauslegung frei schöpfend tätig werden. BASTIAN spricht davon, daß der Richter bei der Ausfüllung solcher Lücken *intra legem* Rechtsregeln aufstellt, die "vorher nicht da waren" und allein die Eigenschöpfung des Richters darstellen ³⁾. Gegen diese mit jeder vagen Tatbestandsfassung verbundene Gefahr einer ungewissen Rechtsprechung bildet der Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit einen wirksamen Schutz. Wenn nun mittels Analogie *intra legem* getroffene Entscheidungen unter dem Blickwinkel des nullum-crimen-Grundsatzes bedenklich erscheinen, hat dies seine Ursache stets in zu unbestimmt gefaßten Tatbeständen. Man wird daher sagen können, daß die von den meisten Autoren der Analogie angelastete Gefährlichkeit gar nicht vorhan-

1) vgl. das auf S.18 Fußn.2-5 zitierte Schrifttum

2) so charakterisiert GERMANN die Lückenausfüllung bei Fehlen einer hinreichenden gesetzlichen Wertung; Methodische Grundfragen, S.111; SchwZStr 55 (1941), 144, SchwZStr 61 (1946), 131; ebenso MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.64, 69; HAFTER, SchwZStr 62 (1947), 141

3) BASTIAN, Der Richter als Gesetzgeber, S.67

den ist, solange es sich um innertatbestandliche Analogie handelt und die Tatbestände hinreichend genau bestimmt sind ¹⁾. Präzis gefaßte Tatbestände garantieren eine sichere Auslegung. Analogie intra legem ist somit zulässig ²⁾; Lücken innerhalb des Gesetzes sind nur unter dem Gesichtspunkt der Gesetzesbestimmtheit von Bedeutung ³⁾.

Dieses Ergebnis mutet im Grunde selbstverständlich an. Die Untersuchung des innertatbestandlichen Analogieschlusses war dennoch notwendig, um später eine exakte Abgrenzung zur Analogie praeter legem zu ermöglichen. Gerade die mangelnde Unterscheidung beider Arten von Analogie wird sich im Laufe der weiteren Untersuchung als eine häufige Fehlerquelle erweisen.

Daß die mangelnde Beachtung der innertatbestandlichen Analogie der Ausgangspunkt fehlerhafter Überlegungen sein kann, ist auch schon in den bisherigen Erörterungen in zweifacher Hinsicht zum Ausdruck gekommen. Einerseits wurde darauf hingewiesen, daß die Analogie intra legem zum Teil gänzlich geleugnet wird, andererseits wurde gezeigt, daß der Analogieschluß oft durch Merkmale gekennzeichnet wird, die nur auf die Analogie praeter legem zutreffen; einmal also bewußtes, zum anderen Mal versehentliches Ignorieren innertatbestandlicher Analogie.

§ 2 Analogie praeter legem

I. Versuch einer Lösung des Analogieproblems aus dem Blickwinkel teleologischer Auslegung

Jetzt ist der Blick auf die über den Wortsinn hinausführende Analogie zu richten.

Die Frage nach der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie

1) Zum Verhältnis von Analogie intra legem und Tatbestandsbestimmtheit s. unten S.88 ff

2) vgl. GERMANN, SchwZStr 61 (1946), 124; HAFTER, SchwZStr 62 (1947), 133 ff; JOST, SchwZStr 65 (1950), 363; H.MAYER, SJZ 1947, Sp.16 und AT, S.37; M.E.MAYER, AT, S.27; SCHONKE, MDR 1947, 86; SCHONKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.16; WELZEL, Strafrecht, S.21

3) vgl. NOLL, JZ 1963, 298

ist gleichsam das Sturzentrum der Diskussionen. Aus allen Richtungen - Rechtsphilosophie, Dogmatik, Zweckmäßigkeitserwägungen - versucht ein Teil der Lehre, die Zulässigkeit der Analogie praeter legem zu begründen.

Wenn STREE meint, diese "gelegentlich vertretene Meinung" habe sich nicht durchsetzen können ¹⁾, erscheint diese Feststellung allzu optimistisch. Davon, daß das Analogieverbot außer Zweifel ist ²⁾, kann angesichts der ständig wachsenden Zahl der Gegner des Verbots nicht mehr gesprochen werden. NAUCKE stellt die Meinung von SAX gar als die heute h.M. dar ³⁾. ARTHUR KAUFMANN dagegen wirft der gesamten Rechtslehre vor, die neuen Untersuchungen und Ergebnisse würden gar nicht zur Kenntnis genommen ⁴⁾. Ziel der folgenden Untersuchung ist es, die gegen das Analogieverbot vorgetragenen Argumente einer kritischen Stellungnahme zu unterziehen.

Die von den Gegnern des Verbots unterbreiteten Lösungsvorschläge lassen sich meist auf gleiche Grundgedanken zurückführen. Aus diesem Grund erscheint es nicht angebracht, nacheinander die Gedankengänge und Beweisführungen jeweils für jeden Autor gesondert zu behandeln; dies würde zu ständigen Wiederholungen führen. Im folgenden sollen vielmehr die Arbeiten von SAX und ARTHUR KAUFMANN zur wesentlichen Grundlage einer kritischen Auseinandersetzung gemacht werden, weil sie sich am ausführlichsten mit dem hier zu behandelnden Problem befassen und damit zugleich die geeignetste Angriffsfläche für eine kritische Stellungnahme bieten. NAUCKE weist mit Recht darauf hin, daß die Argumentation von SAX repräsentativ für alle Gegner des Analogieverbots ist. SAX ⁶⁾ selbst sagt, er sei sich bewußt, daß er vielfach nur Fäden zu einem festen Gedankengewebe verknüpft habe, die andere gesponnen hätten.

Wie sehr sich die einzelnen Meinungen der anderen Autoren trotz

1) Deliktsfolgen u. Grundgesetz, S.78 FuBn.258

2) so GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 2; ebenso SCHRÖDER, Gutachten, S.67

3) Lehre vom strafbaren Betrug, S.200

4) Analogie, S.5

5) Lehre vom strafbaren Betrug, S.196

6) Analogieverbot, S.24

der gleichen Grundgedanken von den Auffassungen ARTHUR KAUFMANNs und SAX' in Nuancen unterscheiden, kann sodann an geeigneter Stelle besonders hervorgehoben werden, so daß ohne nutzlose Wiederholungen dennoch eine Auseinandersetzung mit dem gesamten Schrifttum gewährleistet ist.

A. Die Auffassung von SAX

Die Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie versucht SAX aus dem Wesen der Auslegung zu erklären. Ihre Aufgabe sei es, den Sinn einer bestimmten Gesetzesnorm zu erforschen ¹⁾. Die Sinnerforschung beinhalte "Werten, Würdigen und Beurteilen" ²⁾. Hieraus leitet er folgende Definition für das Ziel der Gesetzesinterpretation ab: "Es besteht in der Deutung des aus einem objektiven Element (dem "Willen des Gesetzes") und zugleich und untrennbar in doppelter Weise aus subjektiven Elementen (dem "Willen des Gesetzgebers") und dem irrationalen Beitrag des Deuters selbst) sich konstituierenden Sinnes des Gesetzes" ³⁾. Mit dieser Definition will SAX im wesentlichen zum Ausdruck bringen, daß die Ermittlung der ratio legis einer Eigenwertung des Deuters bedarf ⁴⁾. Durch die Umschreibung des Auslegungsziels (Ermittlung der ratio legis) und der Art der Auslegung (Eigenwertung des Deuters) hat er die für seine Lösung so entscheidende Auslegungsmethode in die Diskussion eingeführt: die teleologische Gesetzesinterpretation.

Aus der Feststellung, daß Ermittlung der ratio legis und teleologische Gesetzesinterpretation untrennbar miteinander verknüpft sind, versucht SAX nun die Lösung des gesamten Analogieproblems abzuleiten.

Nach der Grenze der Auslegung gefragt, gibt er folgende Antwort: Auslegungsziel und Auslegungsmethode lassen nur "die triviale Feststellung übrig, daß die Auslegung da ihre Grenze findet, wo

1) Analogieverbot, S.53

2) a.a.O., S.64

3) a.a.O., S.65

4) a.a.O., S.66 ff

der Gesetzessinn endet ¹⁾). Wenn die teleologische Methode das Maß der Auslegung bestimme, könne der Wortlaut als "Ausgangspunkt des Verfahrens der Gesetzesinhaltsbestimmung ... nicht zugleich ... der Endpunkt dieses Verfahrens sein ²⁾"; die teleologische Auslegung führe vielmehr über den Wortsinn der Norm hinaus. Da Analogie ein Mittel teleologischer Gesetzesinterpretation sei ³⁾, müsse der Bereich von Analogie und Auslegung wie folgt umschrieben werden:

"Als rein logisches Verfahren ansetzend, mündet die rechtliche Analogie bei der Rechtsähnlichkeitsfeststellung in die Gesetzesauslegung ein, läuft mit ihr parallel und findet in der Auslegungsgrenze die eigene Grenze" ⁴⁾.

In dieser kurzen Skizzierung sind die wesentlichsten Gedankengänge des von SAX vorgeschlagenen Lösungswegs enthalten. In einer späteren Veröffentlichung hat SAX diese Gedanken - sich selbst kommentierend - sogar in einem einzigen Satz zusammengefaßt. Er lautet: "Da zwischen Rechtstatbestand und Rechtsfolge nicht eine von der Kausalität beherrschte Ursache-Wirkung-Beziehung, sondern eine von der Normativität bestimmte Grund-Folge-Beziehung besteht, kann das materielle Kriterium für die Auslegung nur die Normativität, das Sein-sollen, damit der Gesetzessinn sein" ⁵⁾.

1.) Hinweis auf den gleichen Ansatzpunkt bei anderen Gegnern des Analogieverbots

Bevor auf die Argumentation von SAX eingegangen wird, ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die meisten Gegner des Analogieverbots genau wie SAX die Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie aus dem Gebot teleologischer Auslegung ableiten. GERMANN führt aus, Gesetze seien bestimmt durch Werturteile und Zweckgesichtspunkte, bei ihrer Auslegung komme es daher allein

1) Analogieverbot, S.79

2) a.a.O., S.80

3) a.a.O., S.148

4) a.a.O., S.148

5) Grundsätze der Strafrechtspflege, S.1002 Fußn.202

darauf an, "sie nach den verfolgten Zwecken und den zugrundeliegenden Werturteilen zu verstehen" ¹⁾. Indem er die Teleologie zum alleinigen Maßstab der Gesetzesinterpretation erklärt, gelangt er zur Ablehnung des Wortsinns als Auslegungsgrenze ²⁾; ebenso de ASUA ³⁾, HAFTER ⁴⁾, JOST ⁵⁾, MITTERMAIER ⁶⁾, SCHWEIZER ⁷⁾, WAIBLINGER ⁸⁾.

Was im folgenden gegen den Lösungsversuch von SAX eingewandt wird, gilt somit gleichermaßen für alle eben zitierten Autoren.

2.) Fehlgeschlagene Kritik gegen SAX

Gegen die Lösung von SAX wendet sich in jüngster Zeit DANCKERT ⁹⁾, an dieser Stelle ist daher ein Blick auf seine Arbeit zweckmäßig.

Er untersucht die Abgrenzung von extensiver Auslegung und Analogie, womit bereits angedeutet ist, daß er vom Analogieverbot ausgeht. Dementsprechend ist die Auseinandersetzung mit den Gegnern des Verbots etwas kurz geraten und - wie man sehen wird - von Anbeginn in einer gedanklichen Sackgasse verfangen. Schon zu Beginn geht er von dem Ergebnis aus, tatbestandserweiternde Analogie sei verboten ¹⁰⁾. Das Verbot begründet er mit folgendem globalen Satz: Der Gesetzgeber könne sich die Arbeit sparen, scharf umrissene Straftatbestände zu schaffen, wenn nicht die Rechtsprechung daran gebunden sei ¹¹⁾.

1) SchwZStr 61 (1946), 134/5

2) SchwZStr 61 (1946), 134/5

3) ZStW 63 (1951), 166 ff

4) SchwZStr 62 (1947), 135/6

5) SchwZStr 65 (1950), 361/2

6) SchwZStr 63 (1948), 422

7) Freie richterliche Rechtsfindung, S.9, 43

8) Rechtsquellenprobleme, S.212 ff

9) Die Grenze zwischen der extensiven Auslegung und der Analogie im Strafrecht, Diss. Köln 1967

10) Auslegung und Analogie, S.9

11) a.a.O., S.9

Diese Aussage besagt in Wirklichkeit nichts für oder wider ein Analogieverbot. Denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch z.B. enthält scharf umrissene Tatbestände, und wegen der Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) besteht kein Zweifel, daß jeder Zivilrichter auch an solche präzise formulierten Tatbestände gebunden ist ¹⁾. Dennoch darf er eine über den Wortsinn hinausgehende Entscheidung treffen, das Recht fortbilden und ergänzen, ohne daß die präzisen BGB-Tatbestände damit nachträglich ihren Sinn verlören ²⁾.

Die vorgefaßte Meinung DANCKERTs vom Bestehen eines strafrechtlichen Verbots tatbestandserweiternder Analogie führt nun dazu, daß alle Widersprüche, die er in den gegnerischen Auffassungen zu sehen glaubt, im Grunde nur in der Diskrepanz zu seiner eigenen schon zu Beginn festgelegten Meinung bestehen. Denn die Richtigkeit der gegnerischen Meinungen mißt er ausschließlich daran, ob die Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie bejaht wird.

Er wirft z.B. SAX vor ³⁾, er erkenne einerseits den möglichen Wortsinn als Auslegungsgrenze an, erachte aber im Widerspruch hierzu eine über den Wortsinn hinausgehende Gesetzesinterpretation für zulässig.

Tatsächlich hat SAX beides gesagt ⁴⁾; das sieht auf den ersten Blick sehr widersprüchlich aus, ist es jedoch nicht. Denn nach SAX ist der mögliche Wortsinn nur insofern Maßstab und Grenze der Gesetzesinterpretation, als durch ihn der hinter dem Gesetz stehende Grundgedanke sichtbar wird, an dem sich die Analogie praeter legem zu orientieren hat ⁵⁾.

SAX läßt nie einen Zweifel daran, daß seiner Meinung nach dem Wortsinn keine die Auslegung begrenzende Funktion im Sinne der h.M. zukommt ⁶⁾. Spricht er vom möglichen Wortsinn als Grenze

1,2) vgl. LARENZ, NJW 1965, 2

3) Auslegung und Analogie, S.42)

4) so SAX, Analogieverbot, S.82 einerseits und S.80 ff (insbesondere S.82), 93, 152 ff andererseits

5) SAX, Analogieverbot, S.82; ebenso ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.4

6) a.a.O., S.80 ff, 93, 152 ff

der Gesetzesinterpretation, meint er damit den Wortsinn, wie er ihn deutet ¹⁾. Lehnt er den Wortsinn als Auslegungsgrenze ab, meint er den Wortsinn, wie die h.M. ihn versteht ²⁾.

Der von DANCKERT offensichtlich mißverstandene Satz von der Anerkennung des Wortsinns als Auslegungsgrenze ist daher nichts weiter als der rhetorische Kunstgriff SAX', seine von der h.L. abweichende Meinung mit der gleichen äußeren Bezeichnung zu kennzeichnen wie die h.M. Der unterschiedliche Gehalt beider Auffassungen ist indes offenkundig ³⁾.

DANCKERT irrt daher, wenn er meint, SAX widerspreche sich mit den oben dargelegten Äußerungen selbst. SAX widerspricht nur der h.M.; das allein ist aber kein Beweis für die Unrichtigkeit seiner Auffassung.

Auf einer petitio principii basiert schließlich auch die weitere gegen SAX vorgebrachte Kritik DANCKERTs.

Er meint, SAX gehe methodisch richtig von Art. 103 Abs. 2 GG aus ⁴⁾, gerate aber mit seiner Lösung in Widerspruch zum Analogieverbot, das er in Gestalt des Bestimmtheitsgrundsatzes anerkenne ⁵⁾.

Daß SAX' Lösung dem Analogieverbot widerspricht, ist selbstverständlich, es ist schließlich sein erklärtes Ziel, der h.M. zu widersprechen; nur ist damit keineswegs schon geklärt, ob dies mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht in Einklang steht. SAX jedenfalls ist davon überzeugt, sein Ergebnis mit dem nullum-crimen-Grundsatz vereinbaren zu können.

Die Behauptung DANCKERTs, SAX erkenne mit dem Bestimmtheitsgrundsatz das Analogieverbot an, ist ebenfalls falsch. SAX leugnet das Analogieverbot ⁶⁾ trotz Anerkennung des Prinzips der Tatbestandsbestimmtheit ⁷⁾. Daß die Schaffung präziser Tatbestände durchaus sinnvoll sein kann, wenn auch die Rechtsprechung sodann das Recht fortbildet und ergänzt, beweist - wie oben dar-

1) SAX, Analogieverbot, S.82

2) so z.B. a.a.O., S.93

3) a.a.O., S.80 ff, 93, 152 ff

4) Auslegung u. Analogie, S.36/7, 38/9

5) a.a.O., S.38/9

6) so ausdrücklich in Analogieverbot, S.152

7) a.a.O., S.88/9, 89 Fußn.2

gelegt ¹⁾ - das Zivilrecht. Mit der Anerkennung des Prinzips der Gesetzesbestimmtheit ist also die Folge eines strafrechtlichen Analogieverbots nicht so offenkundig verbunden, daß man wie DANCKERT ohne nähere Begründung von einem solchen Verbot ausgehen könnte. Auf keinen Fall aber kann man SAX die Bejahung des Analogieverbots unterstellen, nur weil er den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit anerkennt.

Der vorliegenden Arbeit bleibt folglich eine eigene Auseinandersetzung mit der Auffassung von SAX nicht erspart.

3.) Eigene Kritik: Mangelnde Trennung inner- und außertatbestandlicher Analogie

Die Prämisse, von der SAX ausgeht, nämlich die Feststellung, daß Tatbestand und Rechtsfolge durch eine gesetzlich geschaffene Kausalität verknüpft sind, enthält etwas Selbstverständliches ²⁾. Wird hieraus aber abgeleitet, der Richter dürfe den Geltungsbereich der Norm entsprechend dem als notwendig erkannten Maß über den vom Wortsinn umfaßten Bereich hinaus erweitern, folgt dies aus der Prämisse nicht ohne weiteres. Wenn SAX meint, mit Hilfe der Teleologie auch der Analogie praeter legem den Weg ins Strafrecht eröffnet zu haben, drängt sich vielmehr die Vermutung auf, daß er die Grenze zwischen dem inner- und außertatbestandlichen Bereich nicht genügend beachtet hat.

Soweit er die teleologische Methode als das allein maßgebliche Kriterium für die Gesetzesinterpretation ansieht, muß ihm hinsichtlich des innertatbestandlichen Bereichs zugestimmt werden. Läßt der Wortsinn mehrere Deutungen zu, gibt es in der Tat keinen Zweifel daran, daß allein Sinn und Zweck der Norm über die Auslegung in dem einen oder dem anderen Sinn entscheiden. Diese Entscheidung kann mittels Analogie intra legem herbeigeführt werden ³⁾.

Bei seinem nächsten Schritt stellt SAX nun allein auf das forma-

1) s. S. 25 f

2) vgl. statt aller ENGISCH, Einführung, S.35 f

3) vgl. oben S. 20 f

le Verfahren des Analogenschlusses ab: Feststellung der Ähnlichkeit, Schluß vom Besonderen auf das Besondere usw.¹⁾. Daß SAX diesem Kriterium die entscheidende Bedeutung beimißt, kommt schon in der Überschrift des entsprechenden Kapitels zum Ausdruck: "Die Problementscheidung aus der formalen Struktur des Analogieverfahrens"²⁾. Er deduziert wie folgt: Analogie und Auslegung beruhen auf dem gleichen formallogischen Verfahren³⁾. Die auch im Strafrecht gebotene teleologische Auslegung gebietet es, gleichwertige Fälle gleich zu behandeln. Auf diesem Prinzip beruht jeder Analogschluß, gleichgültig, ob er über den Wortsinn der Norm hinausführt oder nicht.

Hieraus leitet SAX ab, Analogie sei zulässig, soweit sie der teleologischen Gesetzesinterpretation diene; das Problem der Abgrenzung von Auslegung und Analogie sei unbedeutsam⁴⁾.

Sofern man diesen Gedankengang an dem von SAX für maßgeblich erklärten Kriterium des formalen Analogieverfahrens mißt, ist nichts einzuwenden. Die Art und Weise, wie Analogien zustande kommen, ist stets gleich: zwei als gleichwertig erkannte Fälle werden gleich behandelt. Dieses Verfahren ist für die Analogie intra legem das gleiche wie für die Analogie praeter legem. Wenn allein das **Z u s t a n d e k o m m e n** der Analogieschlüsse betrachtet wird, ist daher in der Tat nicht einzusehen, warum Analogie teils erlaubt und teils verboten sein soll.

Für die Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit tatbestands-erweiternder Analogie darf aber auf die formale Struktur des Analogieverfahrens nicht abgestellt werden. Der Gedankengang SAX' enthält insofern einen Fehlschluß. Er wird sichtbar, wenn die unterschiedlichen Funktionen der Analogie intra legem einerseits und praeter legem andererseits beachtet werden.

Geschieht dies, erscheint die Argumentation von SAX in einem ganz anderen Licht. Dann nämlich wird klar, daß er folgendes behauptet: Analogie intra legem ist für die Ermittlung des Gesetzesinns ein zulässiges Auslegungsmittel. Also muß auch Analogie

1) Analogieverbot, S.97 ff

2) a.a.O., S.120

3) a.a.O., S.130

4) SAX, Analogieverbot, S.134

praeter legem zulässig sein, weil sie dieselbe formale Struktur aufweist.

Die Erörterung über die Zulässigkeit innergesetzlicher Analogie hat jedoch deutlich gezeigt, daß die Funktion der Analogie intra legem eine ganz andere ist als die der Analogie praeter legem. Der über den Wortsinn hinausführende Analogenschluß erlangt rechts-ergänzende Funktion und gefährdet damit möglicherweise den Bestand des nullum-crimen-Grundsatzes. Der innertatbestandliche Analogenschluß dagegen verkürzt ausschließlich den Lösungsweg, weitet aber niemals den gesetzlichen Tatbestand aus ¹⁾.

Daher geht es nicht an, ohne weiteres aus der Zulässigkeit des innergesetzlichen Analogenschlusses auf die Zulässigkeit auch der Analogie praeter legem zu schließen, nur weil beide Arten der Analogie trotz ihrer verschiedenen Funktionen und Wirkungen dieselbe formale Struktur aufweisen.

Die Erörterung des Analogieproblems wird von SAX insofern mit Hilfe eines unrichtigen Analogenschlusses geführt: Es wird Gleichwertigkeit von Analogie intra und praeter legem angenommen, obwohl dies wegen der unterschiedlichen Auswirkungen beider Verfahren offensichtlich nicht der Fall ist, jedenfalls ohne nähere Prüfung nicht ohne weiteres unterstellt werden darf.

Diesem Vorwurf versucht SAX auszuweichen; er führt aus: "Die rechtliche Analogie findet in der Auslegungsgrenze die eigene Grenze" ²⁾. Damit behauptet er, die Auslegung des Gesetzes reiche so weit, wie eine teleologische Betrachtung dies gebiete. SAX zieht somit den gesamten von der Teleologie umfaßten Bereich unter den innertatbestandlichen Rahmen. Analogie ist für ihn stets nur Mittel der Auslegung, gleichgültig, ob sie sich innerhalb des Wortsinns der Norm hält oder darüber hinausgeht. Damit meint SAX seine These von der Zulässigkeit analoger Rechtsfindung praeter legem der Kritik entzogen zu haben, weil niemand daran zweifelt, daß auch im Strafrecht eine Auslegung der Tatbestände geboten ist. Nur bleibt ungeklärt, warum SAX als Auslegung bezeichnet, was offensichtlich den Charakter richterlicher Rechts-ergänzung hat.

1) vgl. oben S.20 f

2) Analogieverbot, S.148

Wird ausgehend von einem entschiedenen Fall diesem immer wieder der nächstähnliche analog zugeordnet, würde - da sich jeder entsprechend angewandte Fall notwendig vom Vergleichsfall unterscheidet - durch die wachsende Reihe analog zugeordneter Fälle die Verschiedenheit zu den von der Norm unmittelbar gemeinten Fällen stets größer ¹⁾. Oder anders formuliert: Der Anwendungsbereich der Gesetze würde ständig erweitert werden. Wird aber die Grenze des vom Wortsinn der Norm umfaßten Bereichs überschritten, ist damit zugleich der Bereich der Auslegung verlassen und das Gebiet der Rechtsergänzung erreicht.

Die gesetzliche Strafdrohung tritt ausschließlich durch die Worte in Erscheinung, in denen die gesetzlichen Tatbestände formuliert sind. Was durch den Wortsinn der Norm nicht zum Ausdruck kommt, hat der Gesetzgeber jedenfalls unmittelbar nicht angeordnet ²⁾, eine Willenserklärung des Gesetzes liegt insofern nicht vor ³⁾. Wenn der Richter über die Grenzen des Wortsinns hinausgeht, fällt er eine Entscheidung, die nicht schon im Gesetz enthalten ist, er bildet daher in einem solchen Fall das Recht fort und wird rechtsergänzend tätig ⁴⁾.

Im Zivilrecht ist diese Art der Rechtsfortbildung ohne Zweifel zulässig ⁵⁾, es verwundert daher nicht, wenn in dieser Rechtsdisziplin eine scharfe Trennung von Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung bisweilen fehlt ⁶⁾. Man spricht dann von einer aus-

1) H.MAYER, AT, S.37

2) vgl. u.a. CANARIS, Lücken im Gesetz, S.19; LARENZ, Methodenlehre, S.243/4 u. NJW 1965, 1 (5); MERKEL, Verbrechen u. Strafe, S.357 f; JESCHECK, Studium generale 1959, 102 (113)

3) H.MAYER, SJZ 1947, Sp.18

4) CANARIS, Lücken im Gesetz, S.19; DAHM, Deutsches Recht, S.52/3; ENNECCERUS-NIPPERDEY, AT, 1.Halbb., S.335/6; EUGEN HUBER, Recht u. Rechtsverwirklichung, S.44; LARENZ, Methodenlehre, S.243/4; LEHMANN-HUBNER, AT, S.64; RGR-Kom., Bd.1, Einl.B, 3; in der Strafrechtslehre absolut h.M., s. u.a.: BINDING, Grundriß S.69; ENGISCH, Einführung, S.82/3; MEZGER-BLEI, AT, S.29; SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung, S.48 ff; STREE, JuS 1961, 51

5) unstr., vgl. unten S.44 ff

6) BAUMANN, Einführung, S.88

dehnenden (extensiven) Auslegung, wenn Sinn und Zweck der Norm es gebieten, nicht an einem zu eng gefaßten Tatbestand festzuhalten ¹⁾. Die Bezeichnung teleologische Auslegung auch für das über den Wortsinn hinausführende Verfahren ist zwar nicht korrekt, hat aber keinerlei Folgen, weil im Zivilrecht Auslegung und Rechtsergänzung mittels Analogie praeter legem gleichermaßen erlaubt sind ²⁾. Im übrigen sieht aber auch die überwiegende Lehre im Zivilrecht, sofern sie sich mit diesem Thema eingehender befaßt, die Grenze der Auslegung im möglichen Wortsinn ³⁾. Wegen des nullum-crimen-Grundsatzes geht es nun nicht an, den im Zivilrecht bisweilen unrichtig verwandten Begriff der teleologischen Auslegung für das über den Wortsinn hinausführende Verfahren ins Strafrecht zu übertragen und allein aus der B e - z e i c h n u n g zu folgern, daß es sich tatsächlich auch um Auslegung handelt ⁴⁾.

Wenn SAX meint, die Auslegung reiche so weit wie es aus teleologischer Sicht geboten sei, kann ihm nicht zugestimmt werden. Damit verwischt er die Grenze zwischen innertatbestandlicher Analogie und Analogie praeter legem.

Dieser Fehler ist im übrigen typisch für die schweizerische Rechtslehre, auf die SAX seine Meinung zum großen Teil stützt. Die unterschiedlichen Funktionen der Analogie - einmal Mittel der Auslegung, zum anderen Mittel der Rechtsergänzung - werden zwar in der Schweiz deutlich erkannt, und genau wie in Deutschland herrscht darüber Streit, ob die rechtsergänzende Analogie im Strafrecht erlaubt ist; aber trotz dieser scheinbar identischen Fragestellung wird das Analogieproblem in beiden Ländern auf ganz verschiedenen Ebenen diskutiert.

In Deutschland ist der Streit am Wortsinn der gesetzlichen Tatbestände entbrannt. In der Schweiz ist der Wortsinn außerhalb der Diskussion, eine über ihn hinausführende Gesetzesinterpretation

1) LANGE, AT, S.66; PALANDT, § 133 Anm.7; RGR-Kom. § 133 Anm.10

2) BAUMANN, a.a.O., S.88

3) vgl. das auf S.31, Fußn.4 zitierte zivilr. Schrifttum

4) MEZGER-BLEI, AT, S.29

wird stets als zulässig erachtet ¹⁾, sofern dies der ratio legis nicht widerspricht. Führt der Analogschluß nicht zu einer Entscheidung contra legem, wird stets von innertatbestandlicher Analogie gesprochen ²⁾, auch wenn der Wortsinn der Norm überschritten wird, um zu einer im Gesetz unmittelbar nicht angeordneten, aber mit dem Grundgedanken des Gesetzes übereinstimmenden Entscheidung zu gelangen.

Zum innertatbestandlichen Bereich wird demnach auch gerechnet, was erst mittels Rechtsergänzung den gesetzlichen Tatbeständen hinzugefügt wird. Daß unter Auslegung auch Rechtsergänzung verstanden wird, spricht GERMANN am deutlichsten aus, wenn er die zu Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs entwickelten Grundsätze auch für das Strafrecht anwenden will ³⁾.

Einzig möglicher Ansatzpunkt für die Erörterung des strafrechtlichen Analogieproblems kann daher nur die Frage sein, ob sich mit dem nullum-crimen-Grundsatz eine Rechtsergänzung durch die Rechtsprechung in dem Maße vereinbaren läßt wie es im Zivilrecht der Fall ist.

Jeder Lösungsversuch des Analogieproblems, der vom Begriff der Auslegung her versucht, die Analogie praeter legem zum innertatbestandlichen Bereich zu rechnen, ist von vornherein zum Scheitern verurteilt.

Mit welcher zwingender Notwendigkeit ein solch falscher Ansatzpunkt zu Fehlschlüssen führt, wird insbesondere bei ARTHUR KAUFMANN deutlich.

B. Die Auffassung ARTHUR KAUFMANNs

Was in der folgenden kritischen Auseinandersetzung ARTHUR KAUFMANN entgegenzuhalten sein wird, gilt gleichermaßen für seinen Schüler

1,2) GMÜR, Die Anwendung des Rechts, S.61; HAFTER, SchwZStr 62 (1947), 136; GERMANN, SchwZStr 61 (1946), 135 f; JOST, SchwZStr 65 (1950), 361/2; MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.54, 58, 61; SCHWEIZER, Freie richterl. Rechtsfindung, S.9, 43; WAIBLINGER, Rechtsquellenprobleme, S.212 ff

3) SchwZStr 79 (1963), 365 ff

HASSEMER, der sich im Ergebnis und in der Begründung KAUFMANN angeschlossen hat ¹⁾.

1.) Auswirkung des Analogieverbots auf die teleologische

Auslegung

Genau wie SAX ist ARTHUR KAUFMANN ein entschiedener Gegner des Analogieverbots.

Aus dem Wesen des Rechts als der Entsprechung von Sollen und Sein folgert er, Recht sei "ursprünglich analog" ²⁾, Analogie könne daher grundsätzlich nicht verboten sein. Er führt seiner Meinung nach ständig praktizierte Analogien an, die sich aus dem analogischen Wesen des Rechts erklären sollen: z.B. die Strafbarkeit des unechten Unterlassens; die Erweiterung des Waffenbegriffs auf Chemikalien (Salzsäure z.B.); die Bestrafung der besonders schweren Fälle ³⁾. Diese Beispiele beweisen jedoch die Ansicht ARTHUR KAUFMANNs nicht.

Die ersten Beispielsfälle sind solche, bei denen streitig ist, ob sie schon tatbestandserweiternde Analogie darstellen. Gerade der Streit hierüber zeigt die Anerkennung des von KAUFMANN geleugneten Prinzips des Analogieverbots.

Solange KAUFMANN seine Meinung nicht beweist, können die von ihm gebrachten Beispiele daher nicht für die auf sie aufbauende weitere Beweisführung verwendet werden.

Aber selbst wenn einmal unterstellt wird, daß die Beispielsfälle tatsächlich tatbestandserweiternde Analogie enthalten, könnte allein die ständige Praxis den Beweis der Zulässigkeit der Analogie praeter legem nicht erbringen. Enthält nämlich Art. 103 Abs. 2 GG entgegen der Meinung KAUFMANNs doch ein Analogieverbot, vermag ein ständiger Verstoß hiergegen kein die Verfassung verdrängendes Gewohnheitsrecht zu erzeugen. Diese Meinung wird konsequenterweise von allen vertreten, die das Analogieverbot anerkennen ⁴⁾.

1) Tatbestand und Typus, S.160 ff

2) Analogie, S.15

3) a.a.O., S.20/1

4) vgl. z.B. MEZGER-BLEI, AT, S.29; a.A. aber anscheinend RITTLER, ZStW 49 (1929), 465

Die zuletzt von KAUFMANN angeführten Beispiele (die besonders schweren Fälle) werden tatsächlich - wie oben schon festgestellt worden ist ¹⁾ - häufig mittels Analogie gelöst, und zwar mittels zulässiger Analogie *intra legem* ²⁾. Dieser Bereich ist schon als unproblematisch ausgeschieden. Mit der Zulässigkeit innergesetzlicher Analogie ist aber nicht die Folge verbunden, nunmehr auch die Zulässigkeit des außertatbestandlichen Analogschlusses bejahen zu müssen. Darauf wurde bei der Auseinandersetzung mit SAX bereits hingewiesen ³⁾.

Wie wenig auch ARTHUR KAUFMANN den Unterschied zwischen innertatbestandlichem Analogschluß und Analogie *praeter legem* berücksichtigt, wird besonders deutlich, wenn er hinsichtlich der tatbestandserweiternden Analogie meint, nirgendwo werde mit dem Analogieverbot wirklich erst gemacht ⁴⁾ und zum Beweis seiner These auf einen Satz WELZELS hinweist ⁵⁾, in dem dieser die Analogie im Rahmen der Gesetzesauslegung (also Analogie *intra legem*) für zulässig erklärt ⁶⁾.

Nicht minder deutlich offenbart sich dieser Mangel in folgender Argumentation. ARTHUR KAUFMANN trägt vor, ein Analogieverbot würde geradewegs zu einem Auslegungsverbot führen ⁷⁾, weil Auslegung dort beginne, wo Eindeutigkeit nicht mehr gegeben sei; folglich reiche jede Auslegung in den Bereich des Analogischen. Bevor hierauf eingegangen wird, soll zunächst wieder auf andere Autoren hingewiesen werden, die gleicher Ansicht sind.

ADOLF ARNDT behauptet: "Wenn Gesetze wörtlich genommen werden müssen, bedeutet dies, daß sie weder erläutert noch ausgelegt werden dürfen" ⁸⁾. JIMENEZ DE ASUA sieht ebenfalls nur die Alternative "teleologische Interpretation" oder "buchstabengetreue

1) s. S.5 ff

2) Bei der strafschärfenden Analogie wird die Problematik der besonders schweren Fälle noch einmal akut, vgl. unten S.

3) vgl. oben S.35 f

4) Analogie, S.4

5) a.a.O., S.4 u. Fußn.18

6) Strafrecht, S.21

7) Analogie, S.4

8) NJW 1963, 1273

Auslegung" ¹⁾. Ebenso GERMANN, der im Analogieverbot die Gefahr sieht, auf eine sinngemäße Auslegung gänzlich verzichten zu müssen ²⁾. Das meint auch SAX, wenn er ausführt, die teleologische Auslegung könne ihre "Funktion nicht ausüben", wenn dem Wortsinn eine "negative Begrenzungsfunktion" zugeschrieben werde ³⁾.

Dieser Meinung kann nicht zugestimmt werden. ARTHUR KAUFMANN bezeichnet die zur Zeit des klassischen Gesetzespositivismus aufgestellten Auslegungs- und Kommentierungsverbote zwar mit Recht als "Denkmäler gesetzgeberischer Naivität" ⁴⁾; soweit er jedoch im Analogieverbot die bereits ins Werk gesetzte Restaurierung dieser veralteten und mit historischer Patina vollends überzogenen Denkmäler erblickt, ist seine Furcht unbegründet.

Diese Meinung stellt die konsequente Fortführung des zuvor begangenen Fehlers dar. Wurde zunächst allein aus der Tatsache zulässiger Analogie intra legem auf die Zulässigkeit außertatbestandlicher Analogie geschlossen, wird jetzt aus dem nach h.M. bestehenden Verbot tatbestandserweiternder Analogie die Unzulässigkeit des innertatbestandlichen Analogschlusses abgeleitet. Hierbei wird verkannt, daß von einem Verbot der Analogie praeter legem der innertatbestandliche Bereich überhaupt nicht berührt wird. Von einem Interpretierverbot kann keine Rede sein.

Die durch den Wortsinn begrenzte Auslegung ließe sich bildlich als Kreis darstellen, dessen gesamte Fläche für die Gesetzesinterpretation zur Verfügung steht. Auch wenn der Wortsinn als Auslegungsgrenze anerkannt wird, bleibt das Gesetz, um mit ZIPPELIUS zu sprechen, "nur die Skizze für das volle Bild des lebendigen Rechts, eine Skizze, die die Praxis ganz verschieden ausfüllen kann" ⁵⁾.

Die Begrenzung durch den möglichen Wortsinn reduziert die Gesetzesinterpretation keineswegs auf eine starre grammatische Auslegung; daneben kommen die historische, objektive und teleologische Methode gleichfalls zum Zuge ⁶⁾.

1) ZStW 63 (1951), 181, ebenso JOST, SchwZStr 65 (1950), 361

2) SchwZStr 55 (1941), 153

3) Analogieverbot, S.80

4) Analogie, S.3; ebenso ENGISCH, Einführung, S.93

5) NJW 1964, 1981 (1985)

6) STREE, JuS 1961, 51; SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung, S.48

Die abwertende Bezeichnung "buchstabengetreue Auslegung" gibt daher im Grunde ein viel zu enges und verzerrtes Bild von der am möglichen Wortsinn orientierten Auslegung.

Allenfalls könnte davon gesprochen werden, daß durch ein Analogieverbot die teleologische Gesetzesinterpretation eingeschränkt wird, weil nur innerhalb der Wortbedeutung nach der ratio legis gefragt werden darf ¹⁾. MEIER-HAYOZ bezeichnet diese Art der Gesetzesinterpretation als teleologische Auslegung erster Stufe und nennt die über den Wortsinn hinausführende Gesetzesanwendung teleologische Auslegung zweiter Stufe ²⁾. Die sich innerhalb des Wortsinns vollziehende teleologische Auslegung umfaßt Fälle, die im Gesetz noch einen "unvollkommenen, zweideutigen, dunklen" Ausdruck gefunden haben, während die über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation Fälle trifft, die im Gesetz gar keinen Ausdruck gefunden haben ³⁾. Beides ist scharf voneinander zu trennen.

In diesem Zusammenhang wird auch die Behauptung von SAX widerlegt, daß es bei einer teleologischen Auslegung nicht möglich sei, den Wortsinn als Ausgangspunkt und zugleich als Endpunkt der Auslegung anzusehen ⁴⁾. Hiergegen ist unter Anlehnung an das eben gebrauchte Bild zu sagen, daß der vom Wortsinn umfaßte Bereich die gesamte Fläche eines Kreises umfaßt und nicht auf den "Umfang" eines Punktes reduziert ist.

2.) Der rechtsphilosophische Aspekt

Schließlich ist die Behauptung ARTHUR KAUFMANNs nicht richtig, seine These vom "ursprünglich analogen Wesen des Rechts" scheine dem heutigen Verständnis von Recht und Rechtserkenntnis zu widersprechen ⁵⁾.

1) so GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 2

2) Der Richter als Gesetzgeber, S.50/1 i.V.m. S.88 FuBn.5

3) so unterscheidet MERKEL (Verbrechen u. Strafe, S.358) die Auslegung im Strafrecht von der Rechtsergänzung

4) Analogieverbot, S.80; ebenso BARTHOLOMEYCZIK, Die Kunst der Gesetzesauslegung, S.36

5) Analogie, S.15

Schon ENGISCH hat das Subsumtionsverfahren in genau derselben Weise beschrieben wie KAUFMANN es heute tut: als die "Gleichsetzung des konkret zu entscheidenden Falls mit den durch den gesetzlichen Tatbestand zweifellos gemeinten Fällen" ¹⁾.

KAUFMANN formuliert: "Wo Norm und konkreter Lebenssachverhalt in Entsprechung treten, entsteht reales Recht" ²⁾.

Wenn er hieraus ableitet, Recht sei ursprünglich analog, kann ihm dahin zugestimmt werden, daß jede Auslegung analogischen Charakter hat ³⁾. Diese Betrachtungsweise wird z.B. in den Ausführungen HELLMUTH MAYERS besonders deutlich, wenn er das Auslegungsverfahren dahin umschreibt: Den Fällen, die der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes vor Augen hatte, werden typische Fälle nach dem Verfahren der Analogie zugeordnet, soweit der Tatbestand dies zuläßt ⁴⁾.

An der These ARTHUR KAUFMANNs vom analogischen Charakter der Auslegung wird daher niemand ernstlich zweifeln ⁵⁾. Nur scheint es nicht gerechtfertigt, hieraus die unbegrenzte Zulässigkeit der Analogie für die Gesetzesinterpretation herzuleiten ⁶⁾.

KAUFMANN unterliegt hier dem gleichen Irrtum, dem auch SAX erlegen ist. Er erkennt, daß Analogie als Mittel der Auslegung auch im Strafrecht zulässig ist. Genau wie SAX folgert er hieraus, daß es sich daher um Auslegung handeln müsse, solange mittels Analogie eine Lösung gefunden werden kann. Dabei wird verkannt, daß nur der innertatbestandliche Analogeschluß der Auslegung dient, während die Analogie praeter legem einen Akt der Rechtsergänzung darstellt.

Entgegen der Ansicht ARTHUR KAUFMANNs ist es also nicht seine These vom "ursprünglich analogen" Recht, die "in den Kreisen der Juristen großem Mißtrauen" begegnet, vielmehr muß allein die von KAUFMANN hieraus abgeleitete Folgerung in Zweifel gezogen werden.

1) Logische Studien, S.26

2) a.a.O., S.14

3) ebenso DANCKERT, Auslegung u. Analogie, S.46 FuBn.111

4) SJZ 1947, Sp.16; so auch ELZE, Lücken im Gesetz, S.82

5) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.45; HELLER, Logik und Axiologie, S.80 mit weiteren Hinweisen

6) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.45

7) so KAUFMANN, Analogie, S.15

3.) Widersprüchliche Argumentation:

Rechtsergänzung als Mittel der Auslegung

Wie sehr sich ARTHUR KAUFMANN schließlich zu seinen eigenen Ausführungen in Widerspruch setzt, wird deutlich, wenn die weiteren Argumente, die er für die Zulässigkeit der Analogie *praeter legem* anführt, näher betrachtet werden.

Er versucht die Zulässigkeit der über den Wortsinn der Norm hinausführenden Analogie aus der Verfassung, und zwar mit Art. 20 Abs. 3 GG zu begründen, wonach die Rechtsprechung an Gesetz und Recht gebunden ist. Dies soll beweisen, daß die Rechtsprechung ihren Richtspruch nicht nur aus dem positiven Recht ableiten kann, sondern darüber hinaus - im Wege der Analogie - "der Natur der Sache" gerecht werden muß. Es reiche daher aus, sagt KAUFMANN, wenn der Richter die Lebenssachverhalte in ihrer von der Gesetzesnorm gemeinten Typizität erfasse ¹⁾. Da ein begrenzter Typus nicht erreicht werden könne, müsse die teleologische Auslegung die Grenze des Typus festlegen ²⁾.

Das Wesen der teleologischen Interpretation bestehe darin, "daß sie nicht mit den abstrakt definierten Gesetzesbegriffen, sondern mit den d a h i n t e r ³⁾ stehenden Typen" arbeite ⁴⁾. Damit meint KAUFMANN das Gleiche wie schon BINDING, wenn dieser ausführt, das Wesen der Analogie bestehe darin, einen latenten Rechtssatz aufzudecken; Analogie führe wohl über das G e - s e t z ⁵⁾, nicht aber über das Recht hinaus ⁶⁾.

ARTHUR KAUFMANN selbst spricht davon, Recht und Gesetz seien nicht identisch. Das Recht sei inhaltlich reicher als der abstrakte Begriff und das positive Gesetz ⁷⁾. Mit der Aufforderung, endlich mit dem "positivistischen Dogma" zu brechen, welches besagt, "man habe das Recht ausschließlich dem Gesetz" zu

1) Analogie, S.38

2) a.a.O., S.40; so auch HASSEMER, Tatbestand u. Typus, S.160 ff

3) Hervorhebung des Verf.

4) so ausdrücklich a.a.O., S.40

5) Hervorhebung des Verf.

6) Handb. des Strafrechts, Bd.1, S.214; Grundriß, S.69; ebenso MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 427

7) a.a.O., S.39

entnehmen ¹⁾, ist im Grunde die gesamte gedankliche Konstruktion ARTHUR KAUFMANNs und auch SAX', jedenfalls soweit sie bisher betrachtet wurde, erschüttert: Wurde nämlich anfangs die These aufgestellt, auch die mittels Analogie praeter legem getroffene Entscheidung halte sich im Rahmen der Gesetzesauslegung, so wird jetzt zugegeben, daß die teleologische Interpretation sehr wohl über das Gesetz hinausführt, also einen Akt der Rechtsergänzung darstellt. ARTHUR KAUFMANN selbst weist darauf hin, daß mittels Analogie das Gesetz ergänzt werde, wo eine gesetzliche Regelung nicht vorhanden sei ²⁾.

Ähnlich widersprüchlich ist im übrigen die Argumentation MITTERMAIERS ³⁾. Er versucht die Anwendung von Analogie praeter legem durch die Bemerkung zu verharmlosen, die Analogie-Rechtsprechung sei oft Vorgängerin der Gesetzgebung gewesen. Damit gibt er jedoch zu, daß die Analogie-Entscheidungen jedenfalls nicht dem vorhandenen gesetzlichen Recht entsprochen haben.

Durch den eben gezeigten Widerspruch zu seinen eigenen Ausführungen hat ARTHUR KAUFMANN den Fehler bestätigt, der den Gegnern des Analogieverbots schon oben vorgehalten worden ist. Entgegen ihrer Ansicht können die mittels Analogie praeter legem getroffenen Entscheidungen nicht dem innertatbestandlichen Bereich zugerechnet werden. Wenn ARTHUR KAUFMANN meint, mittels Analogie werde der gesetzliche Tatbestand gesprengt ⁴⁾, kann eigentlich gar nicht deutlicher zum Ausdruck gebracht werden, daß die getroffene Entscheidung dann nicht im Gesetz gefunden, sondern erst kraft Richterspruch *e r* gefunden wird ⁵⁾. Das Gesetz enthält diese Regelung nicht; erst die hinter dem Gesetz stehende Wertung ⁶⁾ ist Anlaß für den Richter, das Recht fortzubilden.

Unter diesem Gesichtswinkel wird auch der Versuch als fehlerhaft ausgewiesen, durch Verknüpfung von Tatbestand und Typus das Analogieverbot im herkömmlichen Sinn zu eliminieren. Mit den hinter den Gesetzesbegriffen stehenden Typen zu arbeiten - wie SAX ⁷⁾,

1) a.a.O., S.6

2) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3

3) SchwZStr 63 (1948), 428

4) so ausdrücklich a.a.O., S.41

5) so WEIGELIN, Lücken im Recht, S.13/4

6) so ARTHUR KAUFMANN selbst, Analogie, S.40

7) Grundsätze der Strafrechtspflege, S.1008/9

ARTHUR KAUFMANN ¹⁾ und HASSEMER ²⁾ es fordern - bedeutet, daß der gesetzliche Rahmen gesprengt ³⁾ und die äußere Tatbestandsumschreibung als Sitz der strafrechtlichen Freiheitsgarantie aufgegeben wird ⁴⁾.

Bei kritischer Würdigung ihrer eigenen Argumente müßten die Gegner des Analogieverbots im Grunde selbst zu dem Schluß kommen, daß es nicht richtig ist, von der richterlichen Rechtsfindung praeter legem zu behaupten, sie hielte sich im Rahmen der Gesetzesauslegung.

Interessant ist der Versuch ARTHUR KAUFMANNs, die Kluft zwischen Gesetz und Recht mit Hilfe des Norm-Begriffs zu überwinden. Norm bedeute im ursprünglichen und genauen Sinn des Wortes Maßstab und Richtschnur, um der Gleichbehandlung willen. Daher, so folgert er, sei auch eine über das positive Recht hinausgehende Interpretation, sofern sie am Gleichbehandlungsgrundsatz orientiert ist, keine normfreie Rechtsfindung ⁵⁾.

Da ARTHUR KAUFMANN den Norm-Begriff in seiner ursprünglich-sprachlichen Bedeutung gebraucht, hat er mit der Behauptung von der innerhalb der Norm sich vollziehenden Analogie jedoch die Frage nicht beantwortet, ob wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Grenze des positiven Rechts überschritten werden darf.

Durch seinen Hinweis auf die hinter dem Gesetz stehende Wertung hat ARTHUR KAUFMANN jedoch einen anderen möglichen Ausgangspunkt für die Erörterung des strafrechtlichen Analogieproblems gezeigt, die schon oben angeschnittene Frage nämlich, ob der nullum-crimen-Grundsatz eine Rechtsergänzung durch den Richter in dem gleichen Maß wie im Zivilrecht zuläßt ⁶⁾. Die Erörterung dieses Problems erweist sich als notwendig, um den wahren Grund des (möglichen) Analogieverbots aufzudecken.

1) Analogie, S.37 ff

2) Tatbestand u. Typus, S.160 ff

3) so ausdrücklich ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S.41

4) so ausdrücklich SAX, a.a.O., 1008/9

5) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.8

6) vgl. oben S.25 ff

III. Analogie als Mittel der Rechtsergänzung

A. Problemstellung

Allein die Tatsache, daß Analogie über den Wortsinn der Norm hinausführt, besagt noch nichts für oder wider das Analogieverbot. Zwar begehen die Gegner den Fehler, den innertatbestandlichen Analogschluß nicht von der Analogie praeter legem zu trennen. Damit wird die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsergänzung verwischt. Dieser Fehler ist aber - wie oben festgestellt wurde - aus dem Zivilrecht übernommen, wo die mangelnde Trennung von Auslegung und Rechtsfortbildung praeter legem ohne große praktische Bedeutung ist. Daher muß jetzt geprüft werden, ob dieser Fehler für das Strafrecht in Hinblick auf den nullum-crimen-Grundsatz Bedeutung erlangt. Erst mit der Beantwortung dieser Frage kann auch die Frage nach der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie endgültig beantwortet werden.

Diesem Problem geht DANCKERT angesichts des von Anbeginn festgelegten Ergebnisses eines Verbots tatbestandserweiternder Analogie ¹⁾ verständlicherweise nicht nach. Daß er damit einer echten Auseinandersetzung mit den Gegnern des Verbots ausweicht, wird besonders deutlich, wenn er ausführt, die von SAX dem Art. 103 Abs. 2 GG gegebene Deutung lasse es in der Tat zu, Analogie praeter legem als zulässig anzuerkennen ²⁾. Dennoch weist er die Lösung SAX' mit dem Bemerken zurück, sie beruhe auf einer falschen Prämisse ³⁾. Hierunter versteht DANCKERT die Nichtanerkennung des Analogieverbots.

Zum Beweis für die Existenz des Verbots weist er neben dem oben zitierten Satz ⁴⁾ auf den historischen Gesetzgeber des Preussischen Strafgesetzbuchs und die Urheber des Bayerischen Strafgesetzbuchs von 1813 hin ⁵⁾.

1) vgl. oben S.25 ff

2) Auslegung u. Analogie, S.40

3) a.a.O., S.45

4) s. oben S.26

5) a.a.O., S.40/1

Hierzu macht DANCKERT jedoch keinerlei Ausführungen, er zitiert lediglich NAUCKE ¹⁾. Das erweist sich bei näherem Hinsehen als ein entscheidender Fehler. NAUCKE nämlich stützt seine Auffassung zu Art. 103 Abs. 2 GG nur deswegen auf den historischen Gesetzgeber des Preußischen Strafgesetzbuchs und auf FEUERBACH, weil er für das Strafrecht grundsätzlich jede objektive Auslegung ablehnt ²⁾. Den nullum-crimen-Grundsatz interpretiert er daher ebenfalls in Beschränkung auf die historische Auslegungsmethode ³⁾. Die von SAX dem Art. 103 Abs. 2 GG gegebene objektive Deutung weist NAUCKE nur deswegen zurück, weil seiner Meinung nach jede objektive Auslegung unzulässig ist ⁴⁾. DANCKERT indes gesteht in Übereinstimmung mit der herrschenden Rechtslehre dem Richter zu, Gesetze nach der objektiven Methode zu deuten ⁵⁾. Er hätte sich daher - statt NAUCKE zu zitieren - mit der von SAX dem Art. 103 Abs. 2 GG gegebenen objektiven Deutung auseinandersetzen müssen. Die Tatsache, daß DANCKERT diesem Problem - sicher unbewußt - ausgewichen ist, macht auf jeden Fall deutlich, daß es an der Zeit ist, das Analogieverbot, sofern man es anerkennt, aus heutiger Sicht zu begründen. Diese Forderung hat GRÜNWALD schon vor Jahren mit Recht erhoben.

Es ist mithin festzustellen, daß es keineswegs genügt, den Gegnern der h.M. mit dem Hinweis auf ein geschichtlich gewachsenes und seit jeher anerkanntes Analogieverbot zu begegnen. Der Hinweis auf die psychologische Zwangstheorie FEUERBACHs hat seine Kraft verloren. Es ist erforderlich, die Idee des Analogieverbots heute auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen, den nullum-crimen-Grundsatz also entweder von einem geschichtlichen Ballast zu befreien oder das Analogieverbot gleichsam zu re-staurieren.

1) a.a.O., S.40

2) Lehre vom strafbaren Betrug, S.191 ff, insbesondere S.198

3) Daß ursprünglich das Analogieverbot einhellig anerkannt wurde, ist bereits in der Einleitung der vorliegenden Untersuchung gesagt worden, S.1

4) a.a.O., S.198

5) Auslegung und Analogie, S.66 f

6) ZStW 76 (1964), 2

7) GRÜNWALD, a.a.O., S.2; a.A. NAUCKE (Lehre vom strafbaren Betrug, S.191 ff) aus den oben dargelegten Gründen

B. Der nullum-crimen-Grundsatz im Verhältnis zum Prinzip der Gewaltenteilung

Wenn sowohl der Zivil- als auch der Strafrichter der Gesetzesbindung unterliegen (Art. 20 Abs. 3 GG) und trotzdem für den Strafrichter nach h.M. eine strengere Bindung an das Gesetz als für den Zivilrichter besteht, muß der Grund hierfür in dem Objekt der Bindung, also in den Zivilgesetzen einerseits und den Strafgesetzen andererseits, gesucht werden.

Dem Zivilgesetzgeber steht die Art und Weise der zu treffenden Regelung frei. Ein nur aus Generalklauseln bestehendes Zivilgesetz ist denkbar. Der Strafgesetzgeber hat diese Freiheit nicht. Er muß genau bestimmte Straftatbestände schaffen, weil nur das gesetzlich hinreichend Bestimmte Grundlage einer Bestrafung sein kann, Art. 103 Abs. 2 GG ¹⁾. Der Tatbestand erfüllt eine Garantiefunktion, dessen wesentlicher Inhalt darin besteht, zu garantieren, daß nur bestraft wird, "falls das Gesetz es vorgesehen hat, und nur, wie das Gesetz es vorgesehen hat" ²⁾.

Die Garantiefunktion als solche ist heute unstreitig. Früher hieß es, sie bestünde dem Rechtsbrecher gegenüber ³⁾; VON LISZT bezeichnete sie als magna charta des Verbrechers. Heute wird mit Recht darauf hingewiesen, daß es sich um eine Garantie jedem Staatsbürger gegenüber handelt, der wissen muß, daß sein Verhalten nur unter zuvor bestimmten Voraussetzungen strafrechtliche Sanktionen auslöst ⁴⁾.

VON HIPPEL hat den nullum-crimen-Grundsatz aus diesem Grund als die magna charta des Rechtstreuen bezeichnet ⁵⁾.

1) Das Prinzip der Tatbestandsbestimmtheit ist allenthalben anerkannt, vgl. H.MAYER, Materialien, Bd.1, S.259 ff; PETERS, Gutachten, S.1 ff; SCHRÖDER, Gutachten, S.57 ff; WEIDENBACH, Blankettgesetze, S.75 ff; dieses Prinzip wird auch von den Gegnern des Analogieverbots anerkannt, vgl. SAX, Analogieverbot, S.88, 89 mit Fußn.2

2) M.E.MAYER, AT, S.24; WURTENBERGER, Festschr.f. Th.Rittler, S.128

3) vgl. WURTENBERGER, a.a.O., S.128

4) M.E.MAYER, a.a.O., S.24; WOESNER, NJW 1963, 273 (274)

5) Deutsches Strafrecht, Bd.2, S.36 Fußn.2

GRUNWALD nennt den Satz nullum crimen sine lege ein demokratisches Prinzip: Wegen der schwerwiegenden Rechtsfolgen seien besonders strenge Anforderungen zu stellen, nur der Repräsentant der Staatsgewalt selbst, also die Volksvertretung, besitze die Legitimation, über Tat und Täter ein Unwertsurteil zu fällen ¹⁾.

Die Lösung des Analogieproblems hängt ersichtlich von der Beantwortung der Frage ab, ob richterliche Rechtsfindung praeter legem und Garantiefunktion der Straftatbestände miteinander vereinbar sind oder sich gegenseitig ausschließen.

Da der nullum-crimen-Grundsatz auf die Zusicherung einer Strafe nur ex lege hinausläuft, liegt es nahe, der Frage nachzugehen, ob die dem Tatbestand zugewiesene Garantiefunktion schon dadurch erfüllt wird, daß die Rechtsprechung der Gesetzesbindung unterliegt.

Würde allein die Bindung an das Gesetz, wie Art. 20 Abs. 3 GG sie vorsieht, die Garantiefunktion gewährleisten, stünde als Ergebnis die Zulässigkeit der Analogie praeter legem fest. Denn mit dieser Verfassungsvorschrift ist eine Fortbildung des Rechts auch über den Wortsinn der Norm hinaus vereinbar. Es verstößt nicht gegen das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Prinzip der Gewaltentrennung ²⁾, wenn der Richter die hinter dem Gesetz stehende Wertung zur Richtschnur seiner Entscheidung macht ³⁾. Vielmehr ist allgemein anerkannt, daß es sogar die wesentliche Aufgabe der Rechtsprechung ist, gesetzliche Lücken schöpferisch auszufüllen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, "selbst die schöpferische Füllung weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungsweisenden Klausel" gehöre zur Aufgabe des Richters ⁴⁾.

Stünde hinter dem Satz nullum crimen sine lege nur das Prinzip der Gewaltentrennung, wären Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 Abs. 1

1) ZStW 76 (1964), 13/4

2) Daß Art. 20 Abs. 3 GG Ausdruck des Gewaltenteilungsprinzips ist, ist unstr., vgl. v. MANGOLDT-KLEIN, Bd. I, Art. 20 Anm. VI 4

3) BASTIAN, Der Richter als Gesetzgeber, S. 24; MAIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S. 227

4) BVerfG 13, 153 (164); vgl. auch Bd. 3 225 (243); in diesem Sinn auch LEIBHOLZ-RINCK, Grundgesetz, Art. 20 Rdn. 36; STEIN, NJW 1964, 1745 (1748); kritisch hierzu BAUMANN, Einführung, S. 95 f

der Menschenrechtskonvention und § 2 Abs. 1 StGB nur die sprachliche Umformung dieses Prinzips für das Strafrecht. Der nullum-crimen-Grundsatz wäre nur die Wiederholung dessen, was in Art. 20 Abs. 3 GG allgemein schon bestimmt ist.

Die Gegner des Analogieverbots scheinen in der Tat dieser Meinung zuzuneigen und dem nullum-crimen-Grundsatz jede spezifisch strafrechtliche Bedeutung absprechen zu wollen.

Besonders deutlich wird dies bei HELLER. Er behauptet, der die Analogie praeter legem nicht verbietende nullum-crimen-Grundsatz bedeute nichts anderes, als daß bei jeder Interpretation der Straftatbestände besondere Sorgfalt geboten sei ³⁾. HELLER sieht in Art. 103 Abs. 2 GG also gleichsam nur den auf die Strafrichter gerichteten erhobenen Zeigefinger, der an die Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 GG erinnert, nicht gegen die ratio legis zu entscheiden ²⁾.

Auch GRABHERR ³⁾ betont ausdrücklich, der Satz nullum crimen sine lege sei staatsrechtlicher Natur und der Sache nach kein strafrechtliches Prinzip, demnach also nur Ausfluß des Gewaltentrennungsprinzips; ebenso GRUNWALD ⁴⁾ und JESCHECK ⁵⁾. Wenn im übrigen alle Gegner des strafrechtlichen Analogieverbots eine Gesetzesinterpretation in dem Ausmaß, wie es im Zivilrecht zulässig ist, befürworten, läuft dies im Grunde auf die Forderung hinaus, es auch im Strafrecht mit dem Prinzip der Gewaltentrennung genug sein zu lassen und darüber hinaus dem nullum-crimen-Grundsatz keine spezifisch strafrechtliche Bedeutung beizumessen ⁶⁾; am deutlichsten wird diese Auffassung bei ARTHUR KAUFMANN, der seine Gegnerschaft zur h.M. ausdrücklich mit Art. 20 Abs. 3 GG begründet ⁷⁾. Ob diese These einer Prüfung standhält, erscheint indes überaus zweifelhaft.

1) Logik u. Axiologie, S.142; ebenso MEYER-LADEWIG, MDR 1962, 263

2) so anscheinend auch HAMANN, Grundgesetz u. Strafrechtspflege, S.21, 47

3) Verbotene Analogie, S.21

4) ZStW 76 (1964), 14

5) ZStW 75 (1963), 6

6) so MEYER-LADEWIG, MDR 1962, 263

7) Analogie, S.38

Allerdings genügt es keineswegs - wie DANCKERT es tut -, der Auffassung ARTHUR KAUFMANNS die Behauptung entgegenzusetzen, Art. 103 Abs. 2 GG beinhalte ein strafrechtliches Analogieverbot, weil anderenfalls Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 103 Abs. 2 GG sinnlos nebeneinander stünden ¹⁾. Ob dies tatsächlich sinnlos wäre, bedarf angesichts der These KAUFMANNS zumindest der Prüfung. Wenn DANCKERT seine Kritik unter der Überschrift führt "Auswirkung auf das Analogieverbot" ²⁾ und in KAUFMANNS Ausführungen schließlich einen Widerspruch zum Analogieverbot feststellt, beruht die Ablehnung des von KAUFMANN vorgeschlagenen Lösungsvorschlags wiederum nur auf seiner eigenen vorgefaßten Meinung vom Bestehen eines solchen Verbots. Hierüber ist oben bereits genug gesagt worden, es kann darauf verwiesen werden ³⁾.

C. Die selbständige Bedeutung des nullum-crimen-Grundsatzes gegenüber dem Prinzip der Gesetzesbindung

Die Gesetzesbindung, wie sie in Art. 20 Abs. 3 GG gemeint ist, bedeutet im wesentlichen nur, daß die Rechtsprechung an die vom Gesetz vorgezeichnete Linie gebunden ist. Die ratio legis setzt dem Richter das Ziel der Norm vor Augen und weist ihm die Richtung, in der er das Recht handhaben, fortbilden und ergänzen soll ⁴⁾.

Die Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) beinhaltet daher im Grunde nur das Verbot, contra legem - im Sinne von: Gegen die ratio legis - zu entscheiden ⁵⁾. Indem die Richtung vorgezeichnet ist, in der das Recht fortgebildet werden soll, ist aber nicht zugleich auch etwas über das Ausmaß der zulässigen Rechts-

1) Auslegung und Analogie, S.49

2) a.a.O., S.47

3) vgl. oben S.25 ff

4) so BVerfG 13, 153 (164)

5) so BASTIAN, Der Richter als Gesetzgeber, S.27 ff; CANARIS, Lücken im Gesetz, S.33; GERMANN, Probleme u. Methoden der Rechtsfindung, S.119 mit Fußn.26; MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.33, 35

fortbildung gesagt ¹⁾. An diesem Punkt ist es notwendig, sich an die Garantiefunktion des Straftatbestands zu erinnern. Es soll garantiert werden, daß nur bestraft wird, falls das Gesetz es vorsieht, und nur, wie das Gesetz es vorsieht ²⁾. Wenn der Straftatbestand diese Funktion erfüllen soll, müssen die Strafgesetze derart bestimmt sein, daß auch das Ausmaß ihrer Anwendung von vornherein erkennbar ist.

Während das Prinzip der Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3 GG) die Rechtsprechung nur an die von der Norm vorgezeichnete Wertungslinie bindet, enthält der nullum-crimen-Grundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) darüber hinaus ein weiteres Erfordernis: Die Bestimmung des Ausmaßes. HEINITZ spricht zutreffend von der Bestimmtheit hinsichtlich Sinn und Umfang der Tatbestände ³⁾. Wegen der mit der Strafe verbundenen tiefen Eingriffe in Freiheit, Ehre und Vermögen ist das Strafrecht also mit besonderen Garantien umgeben ⁴⁾⁵⁾.

1) SPIRO, Gerichtsgebrauch, S.43, 133/4

2) vgl. oben S.44

3) Festschr. f. Hirsch, S.48

4) MEZGER-BLEI, AT, S.27/8

5) In diesem Zusammenhang ist interessant, daß auch im Staats- und Verwaltungsrecht allein die Bindung an das Gesetz nicht als ausreichender Schutz des rechtsunterworfenen Bürgers gegen Eingriffe des Staates angesehen wird. Aus dem Prinzip des Rechtsstaats wird abgeleitet, der einzelne müsse wissen, inwieweit die Verwaltung in seinen Rechtskreis eingreifen darf; die Meßbarkeit staatlicher Machtausübung wird gefordert (vgl. statt aller GIESE-SCHUNCK, GG Art. 20 Anm.8). Im Grunde stellt diese Entwicklung eine entsprechende Anwendung der in Art. 103 Abs. 2 GG für das Strafrecht ausdrücklich aufgestellten Grundsätze auf die staatliche Eingriffsverwaltung dar. EXNER (Gerechtigkeit und Richteramt, S.52) hat in diesem Zusammenhang auf einen vermeintlichen Widerspruch hingewiesen, den er darin sieht, daß bei der Auslegung der Verfassung Analogie möglich sei, während sie im Strafrecht unmöglich sein soll.

Soweit die Verfassung dazu ermächtigt, Grundrechte einzuschränken, sollte in der Tat ein verfassungsrechtliches Analogieverbot nicht außerhalb der Diskussion stehen. Dieser Gedanke klingt bereits bei ANSCHUTZ an (Verw.Arch.14 (1906), 329).

D. Meßbarkeit staatlicher Machtäußerungen und Rechtsfindung
praeter legem

Eine erste Aussage kann nun bereits getroffen werden. Sofern das strafrechtliche Analogieproblem nur vor dem Hintergrund des Gewaltenteilungsprinzips erörtert wird, zeigt sich kein Analogieverbot. Soweit GRABHERR ¹⁾, GRÜNWALD ²⁾ und JESCHECK ³⁾ versuchen, ihre Meinung vom Verbot strafrichterlicher Rechtsfindung praeter legem auf den Grundsatz der Gewaltentrennung zu stützen, geht die Argumentation ins Leere. Ware es der Rechtsprechung auf Grund der Gesetzesbindung verboten, das vom Gesetzgeber geschaffene Recht zu ergänzen, müßte konsequenterweise auch ein zivilrechtliches Analogieverbot bestehen.

ARTHUR KAUFMANN ⁴⁾, MITTERMAIER ⁵⁾ und MEYER-LADEWIG ⁶⁾ ist daher insofern zuzustimmen, als sie es ablehnen, aus dem Prinzip der Gesetzesbindung ein strafrechtliches Analogieverbot abzuleiten. Es wäre jedoch falsch, sich von den Gegnern des Verbots nun auf die von einigen Befürwortern des Prinzips vorgetragene Fehlargumentation festlegen zu lassen. Mit der Feststellung, daß sich ein Analogieverbot aus dem Gewaltenteilungsprinzip nicht ergibt, ist für die Lösung des Analogieproblems in Wirklichkeit noch nichts gewonnen. In den Erörterungen zur tatbestandlichen Garantiefunktion hat sich nämlich neben der Gesetzesbindung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG als weiteres Merkmal des nullum-crimen-Grundsatzes das Erfordernis der Meßbarkeit staatlicher Machtäußerung herauskristallisiert. Hierauf hat sich die Diskussion zu konzentrieren. Die oben noch ungenaue Fragestellung, wie sich Garantiefunktion der Straftatbestände und nullum-crimen-Grundsatz zueinander verhalten, ist jetzt zu präzisieren. Es muß gefragt werden, ob trotz Anwendung von Analogie praeter

1) Verbotene Analogie, S.21

2) ZStW 76 (1964), 14

3) ZStW 75 (1963), 6

4) Analogie, S.6

5) SchwZStr 63 (1948), 413/4

6) MDR 1962, 263

legen noch ein klares Maß für den Umfang der Gesetzesinterpretation vorhanden wäre.

Allein die Tatsache, daß die mittels Analogie praeter legem gefundenen Entscheidungen sich unter Beachtung des Grundsatzes der Gesetzesbindung und unter Wahrung des Prinzips der Gewaltentrennung an der von der Norm vorgezeichneten Wertungslinie halten, ist aus den oben dargelegten Gründen kein Beweis für die Beachtung des nullum-crimen-Grundsatzes ¹⁾; denn Art. 20 Abs. 3 GG besagt nichts über das Ausmaß der Gesetzesinterpretation. Gerade umgekehrt bestehen wegen der Tatsache, daß die mittels Analogie getroffenen Entscheidungen nicht mehr vom Wortsinn der Norm umfaßt sind und nur noch den hinter dem Gesetz stehenden Wertungen entsprechen, Zweifel daran, ob sie dann noch in dem Maß voraussehbar sind, wie Art. 103 Abs. 2 GG es gebietet.

1.) Parallelwertung in der Laiensphäre

Diesem Bedenken versucht ARTHUR KAUFMANN mit dem Hinweis auf die Parallelwertung in der Laiensphäre zu begegnen.

Damit man dem Täter vorsätzliches Handeln zum Vorwurf machen könne, genüge es, wenn er nach Laienart seine Tat dem vom Gesetz gemeinten Unrechtstypus zuordne ²⁾.

Diese Argumentation macht deutlich, daß ARTHUR KAUFMANN im Grunde nicht die Frage der Garantiefunktion des Tatbestands prüft, vielmehr sofort die Auswirkung tatbestandserweiternder Analogie auf den Vorsatz des Täters untersucht.

KAUFMANN macht hier den zweiten Schritt ohne den ersten. Er stellt nur fest, daß der Täter trotz der mittels Analogie herbeigeführten Tatbestandserweiterung bestraft werden könnte, weil er nur verschwommene Vorstellungen von dem gesetzlich Bestimmten hat. Auch beim sogenannten Schurkenparagraphen würde der juristische Laie aber vorsätzlich handeln, weil er wüßte, daß er gegen die Rechtsordnung verstößt; es besteht aber kein Zweifel, daß ein nur aus dem Schurkenparagraphen bestehendes Strafgesetzbuch mangels Tatbestandsbestimmtheit aber verfassungswidrig wäre. Die Garan-

1) so aber ARTHUR KAUFMANN, Analogieverbot, S.38

2) Analogie, S.40

tiefunktion der Tatbestände erschöpft sich nicht in der Zusicherung, nur Schurken würden bestraft, vielmehr besteht sie für jeden einzelnen Tatbestand, der jeweils nur ganz bestimmte Begehungsformen mit Strafe bedroht ¹⁾. Daher muß sich auch jeder darauf verlassen können, daß nur ganz bestimmte Handlungen strafrechtliche Sanktionen auslösen.

Jeder, der die gesetzlichen Tatbestände kennt, rechnet mit Entscheidungen, die im Gesetz selbst angeordnet sind. Hierzu gehört der hinter dem Gesetz stehende allgemeine Grundgedanke nicht. Der Gesetzgeber hat diesen allgemeinen Grundgedanken der Rechtsordnung eben nur in einem bestimmten Sinne, nach einer speziellen Seite hin zum gesetzten Rechtssatz geformt, nämlich soweit er in dem gesetzlichen Tatbestand "eingefangen" ist, d.h., soweit er durch den Wortsinn der Norm zum Ausdruck kommt ²⁾. Wenn der Richter - wie ARTHUR KAUFMANN selbst ausführt ³⁾ - mittels Analogie praeter legem die Rechtsbegriffe sprengt, kann nicht davon gesprochen werden, daß mit solchen Entscheidungen gerechnet werden muß. Ihnen fehlt die feste Verankerung im Gesetz, welche bei Übereinstimmung mit dem Wortsinn stets vorhanden ist; ferner beruhen sie auf einer schöpferischen Tätigkeit des Richters. Damit fehlt es an der Möglichkeit jeglicher Vorausberechnung. Der Hinweis ARTHUR KAUFMANNs auf die Parallelwertung in der Laiensphäre vermag daher nicht zu beweisen, daß Tatbestandsgarantie und mittels Analogie herbeigeführte Tatbestandserweiterung miteinander vereinbar sind. Die Anschauungen eines juristischen Laien sind insoweit kein geeigneter Maßstab für die Beachtung des nullum-crimen-Grundsatzes; denn wie das Beispiel vom Schurkenparagraphen zeigt, würde der Nichtjurist mangels Gesetzeskenntnis allzu viel ohne Verwunderung hinnehmen, weil er mangels Gesetzeskenntnis sozusagen oft mit allem rechnet. Auf der anderen Seite würde der juristische Laie aber auch manches Urteil, in dem eine Bestrafung angeordnet wird, mit Überraschung aufnehmen, weil er von der Existenz vieler Verbotsnormen keine Kenntnis hat. Darauf stützt nun MEYER-LADEWIG seine Meinung

1) Diesen Aspekt hebt SCHRODER (Gesetz u. Richter, S.22) hervor; ebenso JESCHECK, Studium generale 1959, 111

2) PAUL, Gewohnheitsrecht, S.18/9

3) Analogie, S.41; im übrigen stützt auch MITTERMAIER seine Auffassung vom Nichtbestehen eines Analogieverbots auf die Subsumtion nach Laienart; SchwZStr 63 (1948), 416

vom Nichtbestehen eines strafrechtlichen Analogieverbots. Er meint, der hinter dem Analogieverbot stehende Vertrauensgedanke - so wie die h.L. ihn sehe - gehe von der Fiktion aus, daß sich jeder Täter vorher in den Gesetzen orientiere, welches Tun ihm erlaubt sei. Wollte man den Laien in den Stand versetzen, alle Entscheidungen vorherzusehen, müßte man entscheiden, wie ein Laie dies täte. Das aber würde einen Verzicht auf das Berufsrichtertum bedeuten. Damit es so weit nicht komme, müsse man auf das Analogieverbot, das zu den genannten Konsequenzen nötige, verzichten ¹⁾.

Diese Schlußfolgerung ist in zweifacher Hinsicht falsch. Erstens ist sie in sich nicht schlüssig. Hätte der hinter dem nullum-crimen-Grundsatz stehende Vertrauensgedanke tatsächlich zum Ziel, die Rechtsprechung für jeden juristischen Laien in einem solchen Maße verständlich zu machen, daß er die Rechtsentwicklung klar voraussehen kann, könnte dieser Zweck durch Laienrichter ebenso wenig wie durch Berufsrichter erreicht werden. Hätten Laienrichter nach dem geltenden Strafgesetz zu entscheiden, wäre gewiß, daß sie die Lebenssachverhalte den diffizilen Tatbeständen nicht subsumieren könnten, ohne das gesetzte Recht erheblich zu verzerren. Das entstehende Richterrecht wäre mit dem Grundsatz "keine Strafe ohne Gesetz" nicht vereinbar, weil die Bestrafung oft mit dem Gesetz nicht in Einklag stünde. Von Voraussehbarkeit der Entscheidungen könnte aber schwerlich gesprochen werden, würden Rechtsprechung und Gesetz divergieren.

Eine "richtige" Rechtsanwendung durch Laienrichter hätte zur Voraussetzung, daß ihnen ein vereinfachtes und damit notwendigerweise vergrößertes Strafgesetzbuch an die Hand gegeben würde. Ein aus vagen Generalklauseln bestehendes Strafgesetz widerspräche aber dem Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit. In diesem Fall könnte von einer tatbestandlichen Garantiefunktion wiederum keine Rede sein.

Es ist ferner unrichtig, wenn MEYER-LADEWIG der h.M. unterstellt, sie deute das im nullum-crimen-Grundsatz enthaltene Vertrauensmoment dahin, daß jeder juristische Laie nur so bestraft werden könne, wie er es sich auf Grund seiner "Gesetzeskenntnisse" vorstellt.

1) MDR 1962, 262 f

Wollte man diese Kenntnis zum Maßstab einer Bestrafung machen, könnte konsequenterweise nicht bestraft werden, wer irrig das Nichtvorhandensein einer gesetzlichen Verbotsnorm annimmt, von der Sozialschädlichkeit seines Tuns aber gleichwohl überzeugt ist. Der Täter müßte im folgenden Beispielsfall straffrei bleiben: A hat von den Entscheidungen des Reichsgerichts zum "Elektrizitätsdiebstahl" gehört ¹⁾ und weiß, daß der Entzug elektrischer Energie nicht nach § 242 StGB bestraft wird. In der Meinung, eine Gesetzeslücke entdeckt zu haben, zapft er die Stromleitung seines Nachbarn an.

Wie wenig das Ergebnis der Straffreiheit mit der einhelligen Auffassung in Rechtsprechung und Lehre zu vereinbaren wäre, zeigt ein Blick auf die Schuldlehre.

Es ist unbestritten, daß es für den Schuldvorwurf nicht darauf ankommt, daß der Täter von einem mit Strafdrohung ausgestatteten Verbot Kenntnis hatte ²⁾; hier: § 248c StGB. Auch ohne positive Gesetzeskenntnis kann der Täter bestraft werden, wenn er nur zu der Einsicht fähig war, daß seine Tat wegen ihrer Sozialschädlichkeit überhaupt von der Rechtsordnung verworfen wird ³⁾.

Die von MEYER-LADEWIG der h.M. unterstellte Deutung des nullum-crimen-Grundsatzes entspricht somit nicht dem Stand der heutigen Rechtslehre. Die Voraussehbarkeit der staatlichen Eingriffe wird nicht an den "Gesetzeskenntnissen" juristischer Laien gemessen. Hat sich der Täter über die Strafbarkeit seines Tuns falsche Vorstellungen gemacht, bieten Verbotsirrtum und Parallelwertung in der Laiensphäre ein hinreichendes Korrektiv ⁴⁾. In den Schutzbereich des nullum-crimen-Grundsatzes gehören derartige Laienirrtümer so wenig, wie sie auf der anderen Seite bei einem Wahnverbrechen zur Strafbarkeit führen.

1) RGSt 29, 111 ff; 32, 165 ff; vgl. hierzu näher unten S.

2) GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 12

3) GRUNWALD, a.a.O., S.11; MEZGER-BLEI, AT, S.199;
MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 416

4) vgl. MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 416

Der von ARTHUR KAUFMANN und MEYER-LADEWIG mit dem Hinweis auf die Laiensphäre geführte Angriff gegen das Analogieverbot ist somit als gescheitert zu betrachten.

Weder hat MEYER-LADEWIG mit seiner Unterstellung recht, die h.M. erhebe die Gesetzeskenntnisse juristischer Laien zum Maßstab für die Strafbarkeit und führe sich damit selbst ad absurdum - noch vermag ARTHUR KAUFMANN mit dem Hinweis auf die Subsumtion nach Laienart zu erklären, wie der Anwendungsbereich der Strafgesetze auf ein überschaubares Maß reduziert werden kann, wenn mittels Analogie praeter legem die gesetzlichen Tatbestände erweitert werden.

Die Ausführungen ARTHUR KAUFMANNs und MEYER-LADEWIGs lassen es sinnvoll erscheinen, an dieser Stelle einen kurzen Blick auf die psychologische Zwangstheorie FEUERBACHs zu werfen. Der Zusammenhang mit der Straftheorie FEUERBACHs ist unschwer zu erkennen. FEUERBACH hatte gemeint: "Da der Bedrohte das Übel weiß, das ich auf die Begehung der Tat festgesetzt habe, so willigt er durch seine Beleidigung in die Zufügung des Übels; und ich habe aus eben dem Grunde ein Recht, die Strafe zu exequieren, aus welchem ich das Recht habe, die Erfüllung eines eingegangenen gültigen Vertrages zu fordern¹⁾. Das Recht, eine Handlung zu bestrafen, gründet sich auf die Einwilligung des Verbrechers in das Übel, welches er durch die Tat erklärt"²⁾.

Diese rechtliche Einwilligung des Täters in seine Bestrafung erklärt FEUERBACH also mit den Gesetzeskenntnissen des Täters. Er braucht seine geplante Tat nur unter das Gesetz zu subsumieren. Fällt sie darunter, so ist sie notwendig strafbar³⁾. Damit ist die von MEYER-LADEWIG dem nullum crimen-Grundsatz unterstellte Fiktion vom Täter, der sich vorher in den Gesetzen orientiert, welches Tun ihm erlaubt ist, wieder in der Diskussion. Die oben gemachten Ausführungen haben jedoch gezeigt, daß ein juristischer Laie wegen der Kompliziertheit des Rechts wohl kaum in der Lage ist, seine geplante Tat richtig unter die Straftatbestände zu subsumieren.

1) Anti-Hobbes, S.222

2) Hochverrat, S.33

3) NAUCKE, Kant u. die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, S.55

Von einer Einwilligung des Täters im Sinne der FEUERBACHschen Lehre kann die Bestrafung daher nicht abhängen.

Hat der Täter z.B. einen in § 334 Abs. 2 StGB ausdrücklich nicht genannten Laienrichter bestochen, ist bekanntlich strittig, ob er nach dieser Vorschrift bestraft werden kann ¹⁾. Neigt man der Meinung zu, das Analogieverbot verbiete in diesem Fall die Anwendung des § 334 Abs. 2 StGB ²⁾, kann der Freispruch wohl kaum damit begründet werden, in diesem Fall habe der Täter durch seine Tat in die Bestrafung nicht eingewilligt; die h.M. ³⁾ würde genau das Gegenteil sagen, weil sie auch diesen Fall dem Tatbestand des § 334 Abs. 2 StGB subsumiert. Die Einwilligung des Täters in die Strafe hinge also gleichsam von der Rechtsauffassung des entscheidenden Gerichts ab. Das zeigt wohl deutlich, daß die Einwilligungstheorie FEUERBACHs historisch bedeutsam ist; sie hat ihn veranlaßt, als erster den Satz nullum crimen sine lege zu formulieren ⁴⁾ und ihm mit der Garantie einer Strafe nur ex lege sein wesentliches Gepräge zu geben. In der Formulierung dieses Grundsatzes liegt der Verdienst FEUERBACHs, nicht so sehr in seiner Begründung ⁵⁾. Bereits 1836 übte MITTERMAIER insoweit berechnete Kritik an der Straftheorie FEUERBACHs, als diese von der "Kenntnis des Bürgers von den einzelnen Strafübeln" ausgeht ⁶⁾.

Im übrigen hatte FEUERBACH - was allzu oft übersehen wird - trotz seiner eben kurz skizzierten Theorie des psychologischen Zwangs gegen Analogie praeter legem wie sie hier in Überein-

1) vgl. hierzu näher unten S.126 f

2) so z.B. OLG München NJW 1965, 545 f

3) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.337, mit weiteren Nachweisen, hierzu eingehend unten S.

4) MEZGER-BLEI, AT, S.27

5) vgl. GRÜNWALD, ZStW 76 (1964), 10; a.A. NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.187

6) in: FEUERBACH, Lehrbuch des peinlichen Rechts; herausgegeben von C.J.A. MITTERMAIER, S.30

stimmung mit der h.L. verstanden wird ¹⁾, nichts einzuwenden:
"Wer den Richter bloß an den Buchstaben verweist, hebt das
Gesetz seinem Wesen nach auf, um es dem Scheine nach zu si-
chern" ²⁾ Oder: "Die Interpretation darf ... zu Strafen führen,
die s t i l l s c h w e i g e n d ³⁾ vom Gesetz mitumfaßt
sind" ⁴⁾. Am deutlichsten ist folgender Satz: Aus allem folgt
denn, ... daß Handlungen, welche in den Gesetzen n i c h t
u n m i t t e l b a r ⁵⁾ genannt sind, nur dann gestraft wer-
den können, wenn sie stillschweigend in dem Gesetze selbst ent-
halten sind" ⁶⁾.

In diesen Zitaten ist im Grunde all das enthalten, was ARTHUR
KAUFMANN heute als Argument gegen das Analogieverbot anführt:
Eine an der ratio legis orientierte Gesetzesinterpretation, die
wohl über den Wortsinn der Norm, aber nicht über den ihr zugrun-
deliegenden Unrechtstypus hinausführt.

Es ist insofern nicht richtig, wenn DANCKERT in Anlehnung an
NAUCKE das Verbot der über den Wortsinn hinausgehenden Analogie
auf FEUERBACH ⁷⁾ stützt.

Dieser kurze Seitenblick hat von der eigentlich interessierenden
Frage abgelenkt, ob trotz richterlicher Rechtsfindung praeter
legem noch ein klares Maß für den Umfang der Gesetzesinterpreta-
tion vorhanden wäre.

Die Stellungnahme ARTHUR KAUFMANNs und MEYER-LADEWIGs hierzu ist,
wie man gesehen hat, unbefriedigend. KAUFMANN ist dieser Frage
mit dem Hinweis auf die Subsumtion nach Laienart ausgewichen;
MEYER-LADEWIG hat sie ebenfalls nicht beantwortet. Er hat viel-
mehr versucht, die h.M. mit einer ihr unterstellten Deutung des

1) im Sinne von: Über den Wortsinn hinausgehend;
vgl. oben S.21

2) Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, Teil 2, S.18

3) Hervorhebung des Verfassers

4) Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs, Teil 2, S.23

5) Hervorhebung des Verfassers

6) Revision, S.32

7) Auslegung und Analogie, S.40/1; vgl. hierzu oben S.42

nullum-crimen-Grundsatzes zu widerlegen; allenfalls hat er damit Assoziationen an Gedankengänge FEUERBACHs hervorgerufen und ganz unbewußt auf eine Scheinbegründung NAUCKEs hingewiesen, der den nullum-crimen-Grundsatz nicht nur auf FEUERBACH zurückführt, sondern ihn auch heute noch mit dessen Straftheorie erklären will ¹⁾. Daß ARTHUR KAUFMANN und MEYER-LADEWIG die eigentlich bedeutsame Frage nach dem Umfang der Gesetzesinterpretation bei zulässiger Analogie praeter legem nicht beantworten, ist für die Gegner des Verbots gleichermaßen bezeichnend wie verständlich, stießen sie doch hierbei, wie man sogleich sehen wird, auf ganz erhebliche Schwierigkeiten.

Bevor die Untersuchungen in dieser Richtung weiter vorangetrieben werden, muß zuvor jedoch noch ein weiteres Argument aus dem Weg geräumt werden, mit dem die Gegner des Analogieverbots versuchen, es zu der Frage des Ausmaßes der Rechtsfindung erst gar nicht kommen zu lassen. Dieses Argument zielt auf den Bestimmtheitsgrundsatz.

2.) Verzahnung von Tatbestandsbestimmtheit und Analogieproblem

Schutz vor Rechtsunsicherheit und Willkür wird durch die beiden Grundpfeiler des Satzes nullum crimen sine lege gewährt: Genau bestimmte Tatbestände und strikte Beachtung der Gesetze. Hieraus folgt, daß nicht von der Tatbestandsbestimmtheit Abstriche gemacht werden können ohne zugleich die tatbestandliche Garantiefunktion einzuengen. Sind die Gesetze unbestimmt, bleibt dem Richter ein zu großer Bereich für eigene Rechtsschöpfung: Wenn er mit gleichsam seismographischer Präzision die Tatbestände abtastet, erhält er keine Antwort. Er muß sie selbst geben. Die Anforderungen, die an die Tatbestandsbestimmtheit zu stellen sind, wirken sich nun auch für die Frage nach der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie aus. Das wird bei ARTHUR KAUFMANN deutlich.

Er will die Straftatbestände auf die hinter dem Gesetz stehenden

1) Lehre vom strafbaren Betrug, S.187; früher war diese Begründung üblich, vgl. z.B. KOHLER, Deutsches Strafrecht, S.108

Typen erweitern ¹⁾. Das Gesetz soll den Typus nur b e i -
s p i e l h a f t umschreiben ²⁾, und zwar "mehr oder weniger
vollständig" ³⁾. Wenn das der Fall ist, steht die unbegrenzte
Zulässigkeit der Analogie fest. Das Gesetz gibt nur die Richtung
an, die Rechtsprechung dehnt die Tatbestände so weit aus, wie es
zweckmäßig erscheint.

Anders als z.B. im Zivilrecht haben die Straftatbestände jedoch
nicht nur Richtlinienfunktion. Die Schaffung präziser Straftat-
bestände bezweckt nicht nur, dem Richter bei der Gesetzesanwen-
dung möglichst genau das Ziel der Norm vor Augen zu stellen, son-
dern will darüber hinaus verbindlich festlegen, wie weit er dabei
zu gehen hat. Der exakt bestimmbare Inhalt der Tatbestände legt
zugleich das Ausmaß der Interpretationsmöglichkeiten fest. Die
Auffassung ARTHUR KAUFMANNS von den nur beispielhaft gebildeten
Straftatbeständen läßt jegliche Bestimmung des Ausmaßes vermis-
sen. Seine Auffassung zur Tatbestandsbestimmtheit muß daher
- da sie ein wesentliches Merkmal des nullum-crimen-Grundsatzes
nicht beachtet - abgelehnt werden. WÜRTENBERGER spricht mit
Recht davon, daß "das Verbrechenmerkmal nicht in einem ver-
schwommenen Gesamtbegriff des Unrechtstypus aufgehen" dürfe ⁴⁾.
Bedenklich ist insofern die Formulierung von PETERS, dem Grund-
satz der Gesetzesbestimmtheit komme nur "Richtlinienfunktion"
zu ⁵⁾.

Wie wenig auch SAX den Bestimmtheitsgrundsatz unter dem Blick-
winkel der tatbestandlichen Garantiefunktion betrachtet, soll
jetzt dargestellt werden.

Er behauptet, die Strafbarkeit sei für jede Tat vorher ausrei-
chend gesetzlich bestimmt, wenn sie dem gesetzlich geregelten
Lebensvorgang entspreche oder ihm im Wege einer sinnerforschenden
Auslegung - unbeschadet einer Überschreitung der äußeren
Wortlautgrenzen - als wesensgleich zur Seite gestellt werden
könne ⁶⁾.

1) Analogie, S.40

2) a.a.O., S.39

3) a.a.O., S.41

4) Festschr. f. Th. Rittler, S.128

5) Festschr. f. Eb. Schmidt, S.493

6) Analogieverbot, S.93

Durch diese Art Tatbestandsbestimmtheit, die dem Richter lediglich die Richtung für die Gesetzesinterpretation anzeigt, ist die Folgerung der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie konsequent. Der Strafrichter würde dann nicht das gesetzlich unmittelbar Angeordnete maßgetreu in die Entscheidungen übertragen, sondern selbst das Maß der Gesetzesinterpretation bestimmen. Diese mit dem nullum-crimen-Grundsatz nicht übereinstimmende Auffassung versucht SAX mit scheinbar strengen Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit zu verschleiern. Wenn er sich mit Vehemenz für präzise gefaßte Straftatbestände einsetzt ¹⁾, läuft dies nämlich nur auf die Forderung hinaus, der Rechtsprechung möglichst genau die ratio legis vor Augen zu führen. Da er die Straftatbestände nicht als abschließende, sondern als beispielhafte Regelungen versteht, haben sie ausschließlich Richtlinienfunktion, über das Ausmaß der Gesetzesanwendung dagegen ist nichts bestimmt. In einer späteren Veröffentlichung hat SAX dies sehr deutlich ausgesprochen: Sitz der strafrechtlichen Freiheitsgarantie sei nicht die äußere Tatbestandsumschreibung ²⁾.

Das Bekenntnis SAX' zum Prinzip der Tatbestandsbestimmtheit deckt sich daher nur scheinbar mit den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG. Wie die Auffassung ARTHUR KAUFMANNs von den nur beispielhaft gebildeten Straftatbeständen läßt auch die Auffassung SAX' jegliche Bestimmung des Ausmaßes vermissen.

3.) Uferlosigkeit der Gesetzesausdehnung bei zulässiger Analogie praeter legem

Je umfassender die Möglichkeit ist, mittels Analogie die Tatbestände zu erweitern, desto geringer wird die Voraussehbarkeit der Entscheidungen und umso inhaltsleerer erscheinen die Worte von der Tatbestandsgarantie. Wie weit die Interpretation sich mittels Analogie praeter legem vom gesetzlichen Tatbestand entfernen könnte, soll im folgenden gezeigt werden.

1) Analogieverbot, S.88/9; 89 Fußn.2

2) Grundsätze der Strafrechtspflege, S.1008/9;
kritisch hierzu HEINITZ, Festschr.f. E.HIRSCH, S.56
u. KOHLMANN, Die Aktiengesellschaft 1961, S.309

Der Diebstahl auf einem Flugplatz z.B. wäre dem auf einem Eisenbahnhof verübten (§ 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB) dann gleichzustellen, wenn der Täter sich die Umstände zu Nutze macht, die Anlaß waren, den auf einem Bahnhof begangenen Diebstahl schwerer zu bestrafen; Ausnutzung des regen Publikumsverkehrs; Ablenkung der Aufmerksamkeit hinsichtlich des Reisegepäckes usw.¹⁾

Bei der Abfahrt eines Passagierschiffs herrscht auf dem Kai ähnliches Gedränge, Unaufmerksamkeit usw. wie auf einem Bahnhof oder dem Flugplatz. Ähnlich ist die Situation auch in der Empfangshalle eines Hotels, nachdem ein Bus mit einer Gruppe Reisender angekommen ist: Überall stehen Koffer herum, die Leute drängen sich an der Reception, ihre Aufmerksamkeit wird vom Reisegepäck abgelenkt.

Wird auf Sinn und Zweck des § 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB abgestellt, lassen sich beliebig viele Beispielsfälle bilden, die vom Wortsinn des Tatbestands nicht mehr umfaßt, den vom Wortsinn umfaßten Sachverhalten aber ähnlich sind. Beachtung verdient dabei noch die Tatsache, daß die Analogie nicht jeweils nur auf einen Rechtsbegriff beschränkt zu sein braucht. Wenn der auf einem Flugplatz tätige Dieb analog § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu bestrafen wäre, würde es sicherlich wegen der Ähnlichkeit der Fälle auch keinen Unterschied machen, ob er Reisegepäck eines Passagiers oder die Sachen einer Frau stiehlt, die ihren Mann nur zum Flugplatz begleitet und ihre Einkaufstasche neben den Koffer ihres Mannes gestellt hat. Mittels Analogie könnten sodann Entscheidungen getroffen werden, die vom Wortsinn des Tatbestands nicht nur nicht erfaßt sind, sondern ihm sogar eindeutig widersprechen. An Hand des § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB mag das verdeutlicht werden.

Die höhere Bestrafung des nächtlichen Diebstahls hat ihren Grund in der Ausnutzung einer Situation geminderter Schutzmöglichkeit und Schutzbereitschaft des Gewahrsamsinhabers²⁾.

Eine ähnliche Situation wie die in § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB umschriebene nutzt der Dieb aus, wenn wegen eines am frühen Nachmittag im Fernsehen übertragenen Fußball-Länderspiels die

1) Dieser Beispielsfall findet sich bei MEZGER-BLEI, AT, S.29

2) vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 243 Rdn.49

Straßen wie ausgestorben sind und die Menschen in Wirtshäusern und zu Hause gebannt vor den Fernsehapparaten sitzen. Schon oft nach einem solchen "Fernsehereignis" wußte die Presse von Dieben zu berichten, die sich diese Situation zu Nutze machten und in aller Ruhe die neben dem Fernsehraum liegenden Zimmer "ausräumen".

Bei Zulässigkeit der Analogie praeter legem würde der Dieb in einem solchen Fall wegen eines am hellichten Tage begangenen Diebstahls analog dem nächtlichen Diebstahl bestraft werden können.

Die genannten Beispielsfälle zeigen, daß durch tatbestandserweiternde Analogie der gesamte Gesetzestatbestand aufgebläht werden kann, ohne daß von vornherein erkennbar ist, wie weit die durch die Analogie gebotene Möglichkeit ausgeschöpft wird.

Einziger Maßstab für die analoge Anwendung einer Norm wäre die Ähnlichkeit des zu entscheidenden Falls mit den von der Norm zweifellos gemeinten Lebenssachverhalten. Mit jeder analogen Zuordnung eines Falls würde der Bereich der vom Gesetz zweifellos gemeinten Fälle um eben diesen Fall erweitert. Damit wird die Basis geschaffen, um den nächstähnlichen Fall wiederum der Norm im Wege der Analogie zuzuordnen zu können. Da jeder entsprechend angewandte Fall sich notwendig vom Vergleichsfall irgendwo unterscheidet, würde einerseits durch die wachsende Reihe der analog zugeordneten Fälle die Verschiedenheit zu den vom Wortsinn der Norm umfaßten Fällen stets größer, auf der anderen Seite würde das Bestreben, immer wieder den jeweils nächstähnlichen Fall der Norm zuzuordnen, niemals ein Ende finden.

HELLMUTH MAYER spricht davon, daß der Sinn für Maß und Grenze fehle, weil man sich "nur allzu gern ... dem Schmerz der Grenze entziehen möchte" ¹⁾. Selbst ARTHUR KAUFMANN spricht von einem nie zu Ende kommenden Prozeß ²⁾.

Wegen der sich ständig vergrößernden Basis der Vergleichsfälle könnte aus logischen Gesichtspunkten kaum etwas gegen die nie endende Tatbestandserweiterung gesagt werden ³⁾. Die Begründung

1) SJZ 1947, Sp.13

2) Analogie, S.41

3) Das gesteht selbst SAX zu, Analogieverbot, S.134, 153

der Ähnlichkeit des zu entscheidenden Falls mit den von der Norm gemeinten Lebenssachverhalten fällt dem Richter nicht schwer, wenn er selbst sich die Vergleichsgrundlage für die Analogie im Wege der Analogie geschaffen hat.

Im Grunde setzt der Richter in einem solchen Fall allein den Maßstab für die Rechtsanwendung; denn er kann sich darauf beschränken, zur Begründung seiner Entscheidung auf Straftatbestände hinzuweisen, denen er den entscheidenden Zweck unterschiebt ¹⁾.

4.) Auswirkung der Analogie praeter legem auf das gesamte Gefüge der Straftatbestände

Wird stets von der Erweiterung des Tatbestands gesprochen, mag dies den Eindruck erwecken, als würde durch jeden Analogschluß, der über den Wortsinn hinausführt, jeweils nur der betreffende einzelne Tatbestand ausgedehnt. Aber auch damit ist die Auswirkung der Analogie in Wirklichkeit nicht erschöpft. Das soll an Hand der bekannten Reichsgerichtsentscheidungen ²⁾ zum "Elektrizitätsdiebstahl" gezeigt werden.

Die Untergerichte hatten vor 1900 immer wieder den Entzug von Elektrizität als Diebstahl bestraft. Das Reichsgericht stellte dagegen klar, daß Elektrizität dem Sachbegriff nicht subsumiert werden kann ³⁾. Zur Begründung wurde auf § 90 BGB hingewiesen, der den Sachbegriff ausdrücklich auf körperliche Gegenstände beschränkt.

Hätte das Reichsgericht im Wege der Analogie eine einzige Ausnahme von dieser Regelung zugelassen, wäre damit der gesamte Sachbegriff in Frage gestellt worden ⁴⁾. Das hätte aber zugleich

1) Diese Gefahr wird von MEIER-HAYOZ (Der Richter als Gesetzgeber, S.88) deutlich gesehen.

2) RGST 29, 111 ff; 32, 165 ff

3) Das Preußische Obertribunal (GA Bd.4 (1856), 328 ff u. Bd.7 (1859), 561 ff) hatte dagegen ausgeführt, auch die res incorporales müßten grundsätzlich dem Sachbegriff subsumiert werden. Inwieweit hier die Ursache dafür zu sehen ist, daß nicht nur die Gegner des Analogieverbots die späteren Entscheidungen des Reichsgerichts zum "Elektrizitätsdiebstahl" als zu engherzig bezeichnen, soll später erörtert werden, u. S.

4) BAUMANN, AT, S.141

auch den Begriff der Fremdheit und den Zueignungsbegriff inhaltlich verändert, weil diese sich an dem Sachbegriff orientieren ¹⁾. Durch eine einzige Analogie wäre somit das gesamte Gefüge der Zueignungsdelikte gelockert worden, was wiederum eine Ausstrahlung auf die Gesamtheit der Vermögensdelikte zur Folge gehabt hätte. Denn die Grenze zwischen den "Sach- und Zueignungsdelikten mit j u r i s t i s c h e n Maßstäben auf der einen und den Vermögensverbrechen mit w i r t s c h a f t l i c h e n Maßstäben auf der anderen Seite" ²⁾ würde hierdurch verwischt ³⁾.

5.) Anerkennung eines Verbots unbegrenzter Ausschöpfung tatbestandserweiternder Analogie

Die Frage, ob die ratio legis zum alleinigen Maßstab für die Gesetzesinterpretation erklärt werden darf mit der Folge unbegrenzter Zulässigkeit außertatbestandlicher Analogie, kann nunmehr beantwortet werden. Die bisherigen Erörterungen haben ergeben, daß die tatbestandserweiternde Analogie zu einer uferlosen Ausdehnung der Gesetzestatbestände führen und das Gefüge der gesamten Straftatbestände aus ihrer systematischen Gliederung herauslösen kann. Was vorhin angedeutet wurde, hat damit seine Bestätigung gefunden: Die ratio legis setzt dem Richter bei der Auslegung das Ziel der Norm vor Augen, und sie vermag ihm deutlich zu sagen, in welche Richtung, nicht aber, wie weit er bei der Auslegung zu gehen hat ⁴⁾.

GRUNWALD nennt die ratio legis mit Recht ein fragwürdiges Instrument, "weil man sie enger oder weiter fassen kann" ⁵⁾. Welche Fälle dem gesetzlichen Tatbestand subsumiert werden können, kann wegen der Garantiefunktion des Satzes nullum crimen sine lege daher nicht allein an Hand der ratio legis entschieden werden. Für die Frage nach der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie kann als erstes Ergebnis somit festgehalten werden, daß

1) KOHLRAUSCH, Festschr. f. Schlegelberger, S.211/2

2) so charakterisiert KOHLRAUSCH die Zweiteilung der Vermögensdelikte, bei GURTNER II, S.445

3) zur sachlichen Bedeutung dieser Zweiteilung vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.125 ff

4) SPIRO, Gerichtsgebrauch, S.43, 133/4

5) ZStW 76 (1964), 15

jedenfalls die unbegrenzte Ausschöpfung der Analogie mit der Folge einer uferlosen Ausdehnung der Tatbestände verboten ist. Die soben getroffene Einschränkung des Analogieverbots auf die u n b e g r e n z t e Ausschöpfung außertatbestandlicher Analogie mag auf den ersten Blick überflüssig oder gar falsch erscheinen, weil es nach den bisherigen Erörterungen den Anschein hat, als gehöre es zum Wesen der Analogie praeter legem schlechthin, dem gesetzlichen Tatbestand unbegrenzt ähnliche Fälle zuordnen zu können. Nach allem bisher Gesagten erscheint es daher im Grunde widersprüchlich, überhaupt die Möglichkeit eines mit festen Grenzen umgebenen Bereichs tatbestandserweiternder Analogie ins Auge zu fassen. Trotzdem war - zunächst jedenfalls - diese Einschränkung notwendig, um nicht von vornherein die Argumente von ARTHUR KAUFMANN und SAX beseite zu schieben, mit denen sie versuchen, einen solchen eng begrenzten Bereich tatbestandserweiternder Analogie zu begründen. Wenn hier also zunächst diese Einschränkung gemacht worden ist, so nur aus dem Grund, um einer abschließenden Auseinandersetzung mit den Gegnern des Analogieverbots nicht den Weg zu versperren.

6.) Versuch einer wirksamen Begrenzung der Analogie praeter legem

Sowohl ARTHUR KAUFMANN ¹⁾ wie auch SAX ²⁾ erkennen deutlich die Gefahr einer endlosen Ausdehnung der Tatbestände. Beide sehen sich daher vor die Aufgabe gestellt, ihre Meinung von der Zulässigkeit tatbestandserweiternder Analogie auf die Vereinbarkeit mit der Garantiefunktion der Straftatbestände hin zu überprüfen; sie behandeln diese das Analogieproblem letztlich entscheidende Frage jeweils erst am Schluß ihrer Ausführungen und nur mit wenigen Sätzen.

Im Laufe dieser Arbeit war die mangelnde Beachtung der Tatbestandsgarantie schon mehrmals Gegenstand der gegen SAX und ARTHUR KAUFMANN gerichteten Kritik. Wenn im folgenden die knappe Auseinandersetzung beider Autoren mit dieser Frage im Hinblick darauf geprüft wird, ob der Bereich tatbestandserweiternder Analogie irgendwie eingeschränkt werden kann, ist dies zwangsläufig mit

1) Analogie, S.41

2) Analogieverbot, S.149 f

manch Wiederholung verbunden. Das gibt der folgenden Darstellung zugleich den Charakter einer Zusammenfassung der bisher erarbeiteten Ergebnisse.

a) Beschränkung analoger Rechtsfindung auf den Unrechtstypus

ARTHUR KAUFMANN sieht den wahren Gehalt des nullum-crimen-Grundsatzes darin, durch "ein formelles Gesetz den Typus der strafbaren Handlungen zu beschreiben" ¹⁾. Die Analogie findet seiner Meinung nach an dem dem gesetzlichen Tatbestand zugrunde liegenden Unrechtstypus ihre Grenze. "Was jenseits liegt, ist freie Rechtsfindung" ²⁾.

Dieser Versuch, den Bereich der Analogie durch das Verbot freier Rechtsfindung auf ein erträgliches Maß zu reduzieren, enthält jedoch einen Zirkelschluß. Begrenzt nämlich der Wortsinn die Auslegung nicht, entscheidet allein die ratio legis darüber, welche Fälle dem gesetzlich gemeinten Unrechtstypus zuzurechnen sind; leitet aber der Sinn und Zweck einer Norm die Auslegung, besteht als einzige Grenze für die tatbestandserweiternde Analogie nur die Abwägung zwischen Ähnlichkeit und Verschiedenheit, was als sicheres Abgrenzungskriterium abgelehnt worden ist.

Die von ARTHUR KAUFMANN dem nullum-crimen-sine-lege Satz gegebene Deutung beruht auf einem falschen Ansatzpunkt. Wenn er am Schluß seiner Arbeit ausführt, Art. 103 Abs. 2 GG könne kein striktes Analogieverbot beinhalten ³⁾, knüpft dies an die von ihm anfangs aufgestellte Behauptung an, ein Analogieverbot führe zu einem Interpretierverbot ⁴⁾. Um der Auslegung überhaupt Geltung zu verschaffen, sah er sich gezwungen, die Analogie schlechthin für zulässig zu erklären. Der Unterschied zwischen innertatbestandlicher Analogie und analoger Rechtsfindung praeter legem wurde hierbei nicht berücksichtigt ⁵⁾.

Dieser Fehler zieht sich durch die gesamte Arbeit KAUFMANNs und führt bei der abschließenden Deutung des nullum-crimen-Grundsatzes zu der Behauptung, auch bei Zulässigkeit tatbestandser-

1,2,3) Analogie, S.41

4) a.a.O., S.4

5) vgl. hierzu S.33 ff

weiternder Analogie bleibe die Garantiefunktion der Straftatbestände gewahrt. Aus den oben dargelegten Gründen wird man sich dieser Ansicht nicht anschließen können.

b) Anknüpfung an den Wortsinn trotz Analogie praeter legem

Zu prüfen bleibt die Argumentation von SAX hinsichtlich der Vereinbarkeit von Analogie praeter legem und tatbestandlicher Garantiefunktion. Der Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Straftatbestände versucht er wie folgt zu begegnen: Dem bereits teleologisch ausgelegten Rechtssatz dürfe ein zu entscheidender Fall auch bei festgestellter Ähnlichkeit nicht mehr analog zugeordnet werden, wenn der teleologische Gehalt des Rechtssatzes bereits ausgeschöpft sei. Jede zulässige Analogie müsse vielmehr an den "gesetzeswortlautmäßig vordergründig gesetzten Rechtsfall anknüpfen" ¹⁾.

SAX hat also einen gesetzlichen Tatbestand vor Augen, der in gewissen Grenzen über den Wortsinn hinaus ausstrahlt, aber wegen der bei jeder Auslegung gebotenen Anknüpfung an den Wortlaut die Analogie praeter legem in überschaubarer Nähe der vom Wortsinn umfaßten Fälle hält ²⁾.

Daß auch dieser Lösungsvorschlag einen Zirkelschluß enthält, wird deutlich, wenn die Gedankengänge SAX' auf einen Beispielfall übertragen werden. Wenn der Fall A dem Tatbestand X analog zugeordnet worden ist, soll (nach SAX) A nicht Anknüpfungspunkt für den nunmehr zu entscheidenden Fall B sein dürfen; allein die Ähnlichkeit von A und B gestattet die analoge Zuordnung von B zum Tatbestand X nicht. Über die entsprechende Anwendung des Tatbestands X auf den Fall B soll vielmehr entscheiden, ob B den vom Wortsinn des Tatbestands X umfaßten Fällen gleicht. Damit ist zwar der Gesetzeswortlaut Anknüpfungspunkt, insofern ist SAX Recht zu geben, aber Prüfungsmaßstab bleibt - da der Wortsinn für die Auslegung keine Grenze bildet - Sinn und Zweck der Norm. Für das Ausmaß der Analogie gibt es aber außer der Ähnlichkeit keine Richtschnur, an der gemessen werden könnte, wann der teleologische

1) Analogieverbot, S.149

2) so auch SAUER, Allg. Strafrechtslehre, S.51/2

Gehalt des Rechtssatzes erschöpft ist. Die Grenze der Analogie selbst - mehr Unterschiede als Gemeinsamkeiten - bildet demnach die Grenze für das Maß der Gesetzesinterpretation. Das bedeutet aber die Möglichkeit endloser Tatbestandserweiterung. Den von SAX vorgeschlagenen Lösungsweg bezeichnet HEINITZ zu Recht als "nicht gangbar", weil damit "kein klarer Maßstab gewonnen" wird ¹⁾.

Die allzu knappe Auseinandersetzung SAX' mit der tatbeständlichen Garantiefunktion ist kaum mehr als die nochmalige und abschließende **B e h a u p t u n g** von der Notwendigkeit einer über den Wortsinn hinausführenden Interpretation. Diese Auffassung wurde zurückgewiesen ²⁾. Folglich kann auch seiner abschließenden Behauptung nicht zugestimmt werden; denn sie erklärt die mangelnde Trennung von Auslegung und Rechtsfortbildung *praeter legem* nicht, sondern beruht gerade auf diesem Mangel.

c) Das Vertrauen in die Richterschaft

Nun wird schließlich, um die Ungefährlichkeit tatbestandserweiternder Analogie zu beweisen, noch auf die Rechtspraxis hingewiesen ³⁾, in der trotz Anerkennung des Verbots angeblich seit jeher Analogie *praeter legem* ohne irgend welche negativen Auswirkungen angewandt wird ⁴⁾.

Soweit hiermit die Rechtsprechung vor und nach der nationalsozialistischen Zeit angesprochen ist, liegt - sofern überhaupt Analogie *extra legem* vorgekommen ist - ⁵⁾ deren Ungefährlichkeit darin, daß die Gerichte stets von einem Analogie **v e r b o t** ausgingen, daher allenfalls unbewußt die Grenze des Wortsinns überschritten und sich deshalb nur unerheblich vom gesetzten Recht entfernten ⁶⁾. Eine Entscheidung, in der offenkundig der Straftatbestand *per analogiam* erheblich erweitert wurde, existiert nicht. Dies zeugt von der Befolgung des Analogieverbots, beweist aber nicht die

1) Festschr. f. E.HIRSCH, S.56

2) vgl. oben S. 57 ff

3) MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 432/3

4) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.20/1

5) Hierüber im 2.Teil dieser Arbeit

6) Wie diese "Abrutscher" vom Wortsinn zu behandeln sind, wird später zu erörtern sein, vgl. unten S.169 ff

Ungefährlichkeit tatbestandserweiternder Analogie.

Soweit die Gegner des Analogieverbots auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts während der nationalsozialistischen Zeit hinweisen, scheinen sie in der Tat die Argumente auf ihrer Seite zu haben. Analogie war erlaubt ¹⁾; das Reichsgericht übte aber sehr große Zurückhaltung. Mit Dankbarkeit vermerkt WILKE ²⁾ bei einem Überblick über die nach der Analogienovelle ergangenen Entscheidungen, daß vom Reichsgericht stets der zu weite Gebrauch der Analogie durch die unteren Gerichte korrigiert wurde, wenn dies der Rechtssicherheit wegen erforderlich war. Diese Aussage wird durch den von HEINRICH ³⁾ gegebenen Überblick über die Rechtsprechung während des Dritten Reichs bestätigt. Geradezu mit Erstaunen nimmt man zur Kenntnis, daß das Reichsgericht, wenn es sich überhaupt einmal der Analogie bediente, Entscheidungen getroffen hat, die vielfach heute trotz des von den Gerichten anerkannten Analogieverbots ebenfalls getroffen werden ⁴⁾, ja mehr noch, es gibt Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, die das Reichsgericht trotz zulässiger Analogie abgelehnt hatte ⁵⁾.

Daß mittels Analogie nicht die Rechtssicherheit untergraben wurde, ist den Richtern des Reichsgerichts jedenfalls zu danken. Den Auswucherungen der Straftatbestände durch die unteren Gerichte geboten sie Einhalt, wofür sie oft genug hart kritisiert wurden. Man fände so manches Urteil, wurde gesagt, das trotz § 2 StGB in der Fassung von 1935 infolge der rücksichtslosen Unterwerfung unter das Analogieverbot zu einem unerfreulichen Ergebnis gekommen sei ⁶⁾.

Manche Entscheidung unterer Gerichte zeigt deutlich, wohin die Rechtsprechung treibt, wenn sie nicht von Richtern korrigiert wird, die den nullum-crimen-Grundsatz strikt beachten. Als Beispiel hierfür soll auf die Entscheidung des Schöffengerichts

1) vgl. oben S. 1

2) Die Bedeutung des § 2, S. 125

3) Der Grundgedanke des Strafrechts nach § 2 Diss. München 1939

4) Hierüber im 2. Teil dieser Arbeit

5) vgl. einerseits RGSt DJ 1938, 518, DR 1940, 1937 f und andererseits BGHSt 1, 1 ff, hierzu näher unten S.

6) vgl. REJEWSKI, Die Stellung des Strafrichters, S. 30; SCHEM, Die Analogie im Strafrecht, S. 69

Lauenburg ¹⁾ aus dem Jahr 1937 hingewiesen werden. Es verurteilte den Angeklagten wegen Diebstahl, obwohl dieser aus dem Warenlager eines Geschäfts Sachen entwendete, die in s e i n e m Eigentum standen (unter Eigentumsvorbehalt geliefert). Welche Auswirkung diese Entscheidung auf das gesamte Gefüge der Vermögensdelikte haben kann, braucht an dieser Stelle nicht wiederholt zu werden ²⁾. Es sei nur angemerkt, daß SAUER gerade an diesem Beispiel die Harmlosigkeit der Analogienovelle von 1935 beweisen will ³⁾.

Man lese im übrigen - um sich den rechten Eindruck von den Auswirkungen zulässiger Analogie zu machen - die geradezu bedrohlich klingenden Sätze WOLLSTADTERS, mit denen er 1933 seiner Hoffnung Ausdruck gab, Lücken mittels Analogie zu schließen: Wer je den Triumph des "mangels Beweis" freigesprochenen Angeklagten, auf der anderen Seite die Enttäuschung des Volkes hierüber erlebt habe, der werde verstehen, welch ganz besonders schlimme Wirkung ein Urteil haben müsse, durch das dem Verbrecher auf der Anklagebank aus dem Schweigen des Gesetzes heraus bescheinigt werde, daß er sich gar nichts habe zuschulden kommen lassen ⁴⁾.

Offensichtlich sah WOLLSTADTER im Mittel der Analogie den Hebel, um fundamentale Grundsätze des Strafrechts zu beseitigen. Auf der anderen Seite MATZKE, der 1934 die rhetorisch gemeinte Frage stellte: "Muß man gar 1934 noch die Befürchtung hegen, daß richterliche Willkür das Recht beugen würde?" ⁵⁾ Ähnlich LEOPOLD ZIMMERL, der die Analogienovelle 1935 begrüßte und dabei deutlich erkannte, daß mit ihr eine Garantie für die Freiheit des Bürgers gefallen war. Dennoch meinte er, im nationalsozialistischen Staat bestünde kein Gegensatz zwischen Staat und Volk; der einzelne Bürger brauchte daher vor dem Staat auch nicht geschützt zu werden ⁶⁾. Die Geschichte hat gelehrt, welch vage Hoffnung dies war. Neben dem Reichsgericht haben bekanntlich andere Gerichte "Recht" gesprochen, die die mit dem Abbau des nullum-crimen-Grundsatzes entstandene Lücke als Einfallstor richterlicher Willkür benutzten.

1) JW 1937, 1167 Nr.32

2) vgl. oben S. 62

3) Methodenlehre, S.319

4) Die Aufhebung der Rechtsparömie nulla poena sine lege, S.56

5) MATZKE, JW 1934, 1615

6) ZIMMERL, Festschr. f. Graf v. Gleispach, S.173

Die Worte von BENDIX zu der 1933 im Vordringen befindlichen Mindermeinung, das Analogieverbot abzuschaffen, mögen zunächst theatralisch geklungen haben, nachträglich erscheinen sie wie die Vorahnung tragischer Rechtswirklichkeit. BENDIX hatte gesagt: "Wird nicht durch den Wegfall des Grundsatzes nullum crimen sine lege das bekannte Soldatenlied: 'Eine Kugel kam geflogen, gilt sie mir, oder gilt sie dir ?' mit all den darin gelegenen tragischen Ungewißheit zur schwangenden Grundlage des Einzel Lebens ? Das Leben wird zum Wagnis" ¹⁾.

Wohin die Rechtsprechung die Straftatbestände entwickeln kann, wenn kein oberstes Gericht über die Einhaltung des nulla-poena-sine-lege-Satzes wacht, offenbart sich auch sehr deutlich in Urteilen aus der DDR. Ein Beispiel soll hier angeführt werden. Das Stadtbezirksgericht Mitte ²⁾ verurteilte kurz nach dem Bau der Mauer in Berlin den Angeklagten zu 10 Monaten Gefängnis wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt, § 113 StGB. In den Urteilsgründen heißt es: Am 15. August 1961 fuhr der Angeklagte mit seinem Moped an der Sektorengrenze entlang. Ihn interessierten die durchgeführten Maßnahmen zur Sicherung der Grenzen, weil er diese Maßnahmen ablehnte. Später ließ er sein Moped in Westberlin stehen, fuhr mit der S-Bahn zum Bahnhof Friedrichstraße und gelangte somit in das demokratische Berlin. Ihn interessierte hier besonders, was die Polizei macht und welche Waffen sie hat. In der Straße Unter den Linden sah er eine größere Menge von Menschen, die versuchte, zum Brandenburger Tor zu gelangen. Der Angeklagte mischte sich ebenfalls darunter und konnte sich bis auf 600 bis 800 m dem Brandenburger Tor nähern. Einige Provokateure, die sich zwischen den Menschen befanden und versuchten die Menschen aufzuputschen, wurden festgenommen, was von dem Angeklagten beobachtet wurde. Dieses mißfiel dem Angeklagten und er begann seine Mißachtung durch laute Pfiffe auszudrücken. S e i n P f e i f e n s o l l t e e i n e m Z u s c h l a g e n g l e i c h k o m m e n ³⁾, und man sollte dadurch merken, daß niemand damit einverstanden sein kann. Er wollte zum Ausdruck

1) MonKrimPsych. 24 (1933), S.688

2) AktZ: 210 S 111/61 - 3c Mi R 59/61 (nicht veröffentlicht)

3) Hervorhebung des Verfassers

bringen, daß die Maßnahmen gegen die Interessen der Menschen gerichtet sind. Damit hat der Angeklagte Maßnahmen staatlicher Organe öffentlich verächtlich gemacht, indem er die zur Sicherung der Grenzen in Berlin getroffenen Maßnahmen auspuffte. Er hat ... damit ... Personen, die mit der Ausübung der Staatsgewalt obliegenden Aufgaben beauftragt und somit zur Vollstreckung der von Verwaltungsbehörden erlassenen Anordnungen berufen waren, in der rechtmäßigen Ausübung mit Gewalt Widerstand gleistet" ¹⁾.

Das Gericht sah den Tatbestand des § 113 StGB also deswegen als erfüllt an, weil das Pfeifen einem Zuschlagen gleichkommen sollte.

Die angeführten Beispiele zeigen, wie sehr die Rechtsprechung den nullum-crimen-Grundsatz aushöhlen kann, wenn ihr das Instrument der Analogie praeter legem zur Verfügung steht oder sie es sich nimmt.

Gerade an dem Beispiel aus der DDR wird auch noch einmal die Einseitigkeit in der Argumentation von SAX deutlich. Daß in der DDR "nach weiten oder gar vage gefaßten Straftatbeständen" entschieden wird, bezeichnet er als "täglich erneut bedrückendes Erlebnis der sowjetzonalen Strafrechtspraxis" ²⁾. Wie wenig es aber nutzt, die Tatbestandsbestimmtheit - so wie SAX sie versteht - als den einzigen Grundpfeiler des nullum-crimen-Grundsatzes anzusehen, beweist das eben zitierte Urteil. Es ist zu dem 1961 in der DDR geltenden § 113 StGB ergangen, also zu einem im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmten Straftatbestand. Die Tatbestandsbestimmtheit als der eine Grundpfeiler des nulla-poena sine-lege-Satzes kann durch die Rechtsprechung aber fortgeschwemmt werden, wenn nicht das Analogieverbot als ein zweiter Grundpfeiler den Bestand des nullum-crimen-Grundsatzes sichert.

Allein das Vertrauen in die Richterschaft, sie werde das Instrument der Analogie nicht mißbrauchen, ist noch keine Garantie für die Befolgung des nulla-poena-sine-lege-Satzes, sondern allenfalls eine Hoffnung ³⁾. In Art. 103 Abs. 2 GG ist aber ein

1) Hervorhebung des Verfassers

2) Analogieverbot, S.5

3) STERNAGEL-HAASE, Analogie, S.58

Grundrecht verankert, das jedem Bürger garantiert: nullum crimen, nulla poena sine lege. Daher kann es nicht der Rechtsprechung überlassen bleiben, ob dieser Grundsatz beachtet wird oder nicht. Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 Abs. 1 der Menschenrechtskonvention und § 2 Abs. 1 StGB haben diese Entscheidung vorweggenommen.

An dieser Stelle ist von den Gegnern des Analogieverbots mit Sicherheit der Einwand zu erwarten, man dürfe Analogie und Willkür nicht verwechseln. In Anlehnung an BUSCH ¹⁾ will ARTHUR KAUFMANN ²⁾ das Problem der Analogie im Strafrecht "ohne die weltanschauliche Musik" erörtern, die seiner Meinung nach diese Problem in Deutschland stets begleitet und zu einer ebenfalls weltanschaulich gefärbten Kritik geführt hat ³⁾. Der gute Jurist, meint KAUFMANN, dürfe im Gesetz kein Hindernis sehen ⁴⁾.

Indes kann der historische Hintergrund von Art. 103 Abs. 2 GG und § 2 Abs. 1 StGB bei einer Interpretation dieser Normen wohl schwerlich unberücksichtigt bleiben, ohne schon im Ansatz der Sinnermittlung den falschen Weg zu weisen.

Damit nicht unter dem Vorwand teleologischer Interpretation die Gesetzesanwendung in den tatbestandsleeren Raum hineinwuchert und der Rechtsunterworfenen der Willkür preisgegeben wird, ist die Beschränkung der Auslegung auf das im Gesetz ausdrücklich Angeordnete notwendig. Der Analogie praeter legem ist das Lückenlose und das Maßlose gleichermaßen immanent. Beides liegt dicht zusammen. Wo ein mit Hilfe der Teleologie praktizierter, alles umfassender Strafschutz unter dem Aspekt staatlicher Interessen als lückenloser Rechtsschutz erscheint, kann dies für die betroffenen Bürger maßlose und unberechenbare Strafgewalt bedeuten.

7.) Ergebnis: Das Verbot jeglicher Tatbestandserweiterung

Wegen der Garantiefunktion des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege muß deshalb der Wortsinn insofern zum Maßstab der Gesetzesinterpretation erklärt werden, als jede über ihn

1) JZ 1955, 224

2) Analogie, S.5

3) Analogie, S.5

4) Festschr. f. Erik Wolf, S.397

hinausführende Interpretation verboten ist ¹⁾. Die Rechtsanwendung kann danach wie folgt beschrieben werden: Das gelehrte Berufsrichterum bietet die Gewähr dafür, daß die diffizilen gesetzlichen Tatbestände durch die Rechtsanwendung nicht vergrößert werden. Die feinen Verästelungen, Abstufungen und subtilen Abgrenzungen, aber auch die möglichen Lücken werden durch die förmliche Subsumtion unter das Gesetz in die Entscheidungen der konkreten Einzelfälle übertragen.

Hierdurch wird erreicht, daß nicht nur die vom Gesetz vorgezeichnete Wertung sich in den Entscheidungen widerspiegelt, auch Ausdehnung und Höhe der Tatbestände werden gleichsam maßgetreu in die Entscheidungen übertragen.

Soweit das Gesetz eine Wertung verlangt, darf und muß der Richter sie treffen. Dies ändert aber daran nichts, daß der Strafrichter ausschließlich den Befehl des Gesetzes zu vollziehen hat und durch den Wortsinn daran gehindert ist, den hinter der Norm stehenden Grundgedanken zum Nachteil des Angeklagten in die Entscheidungen hineinzutragen.

Die Stellung des Strafrichters zum Gesetz ist demnach eine grundsätzlich andere als die der Richter in den übrigen Rechtsdisziplinen ²⁾. Er darf das Gesetz nicht ergänzen ³⁾.

Die eminente Bedeutung des Berufsrichtertums für den nullum-crimen-Grundsatz ist offenkundig ⁴⁾; verfehlt ist die Ansicht MEYER-LADEWIGS ⁵⁾, die Praktizierung dieses Grundsatzes - so wie die h.L. ihn verstehe - zwingt zur Abschaffung des Berufsrichtertums.

Das Ergebnis, den Wortsinn als Auslegungsgrenze anzusehen, ist keineswegs neu. Wird das Analogieverbot im herkömmlichen Sinn bejaht, ist vielmehr damit zugleich die Begrenzungsfunktion des

1) Dazu, daß auch aus der Menschenrechtskonvention (Art.7 Abs.1) ein Analogieverbot abgeleitet wird, vgl. GURADZE, Die Europäische Menschenrechtskonvention, S.113

2) GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 13

3) H.MAYER, AT 1953, S.85; a.A. die Gegner des Analogieverbots; deutlich bei GERMANN (SchwZStr 79 (1963), 365 ff), der die zu Art.1 des Schweiz. Zivilgesetzbuchs gewonnenen Ergebnisse ins Strafrecht übertragen will.

4) vgl. MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 411

5) MDR 1962, 262 f, vgl. hierzu oben S.52

Wortsinns anerkannt ¹⁾. Denn die Gegner des Verbots wenden sich nur und gerade gegen die Begrenzung der Auslegung durch den Wortsinn ²⁾.

Aufgabe des 1. Teils dieser Arbeit war die Prüfung, ob überhaupt ein Analogieverbot besteht. Insofern ist das Ergebnis keine bloße Wiederholung längst bekannter Tatsachen, sondern das Resultat einer Auseinandersetzung mit dem ständig wachsenden Kreis der Gegner des Analogieverbots.

An dieser Stelle ist nochmals auf die Arbeit DANCKERTs einzugehen. Neben der oben bereits vorgebrachten Kritik ist noch folgendes anzumerken. Der nicht überzeugenden Kritik an den Gegnern des Analogieverbots ³⁾ schließt sich der Hauptteil seiner Arbeit an ⁴⁾, in dem er nach Kriterien sucht (ratio legis, Wortsinn), mit deren Hilfe die Auslegung von der verbotenen Analogie abgegrenzt werden kann. DANCKERT hat also offensichtlich nicht erkannt, daß mit der Ablehnung der von SAX und ARTHUR KAUFMANN vertretenen Meinung der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze bereits anerkannt ist; denn nur und gerade darum geht der Streit.

1) Da es unmöglich ist, alle Verfasser aufzuzählen, sei wenigstens auf folgende hingewiesen: v.BAR, Gesetz u. Schuld, Bd.1, S.15; BAUMANN, MDR 1958, 394 ff; CLASS, Festschr.f. Eb.Schmidt, S.137; DANCKERT, Analogie, S.110; DREIER, Analogie, S.9 f; ENGISCH, Einführung, S.149; EICK, Analogie, S.19; GRABHERR, Verbotene Analogie, S.52; GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 2; GROBMANN, Der Grundgedanke des § 2, S.17; HEINZE, Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen, S.18; JESCHECK, Studium generale 1959, 112; KLEE, DJZ 1934, 642; KOHLRAUSCH-LANGE, § 2 Anm.III B 1; KOHLER, AT, S.85; H.MAYER, AT, S.37; MEZGER-BLEI, AT, S.29; ROEDIGER, Analogie, S.26/7; RITTLER, Lehrbuch 1.Bd., S.32/3; STERNAGEL-HAASE, Analogie, S.10; SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung, S.48; STREE, JuS 1961, 51; SCHONKE-SCHRODER, § 2 Rdn.31

2) SAX, Analogieverbot, S.79 ff; ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3/4; vgl. hierzu oben, S.23 ff

3) vgl. hierzu oben, S. 24 ff, 42 ff, 47

4) Auslegung und Analogie, S.51 ff

Man fragt sich, was DANCKERT mit seiner gegen SAX und ARTHUR KAUFMANN vorgebrachten Kritik eigentlich bezweckt hat, wenn nicht die Anerkennung des Wortsinns als Auslegungsgrenze. Er kann die Auseinandersetzung mit den Gegnern des Verbots nicht im luftleeren Raum geführt haben: Streit um das Verbot tatbestandserweiternder Analogie ohne Festlegung, was überhaupt unter Analogie praeter legem zu verstehen ist. Denn auch die Gegner der h.M. anerkennen ein Analogieverbot: Verbot mittels Analogie in den Bereich freier richterlicher Rechtsschöpfung vorzudringen ¹⁾. Der Streit geht offenkundig allein um die Grenze, die der analogen Rechtsfindung im Strafrecht gezogen ist ²⁾. Da DANCKERT den Gegnern der h.M. zum Vorwurf macht, das Analogieverbot nicht anzuerkennen, geht er im Grunde auch von der dem Verbot von der h.M. gegebenen Deutung aus. Umso unverständlicher erscheint es, wenn er die von den Gegnern des Analogieverbots vorgeschlagenen Lösung ablehnt und erst im Anschluß daran mühsam nach Kriterien zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie sucht. Daß er schließlich zum Wortsinn als Auslegungsgrenze gelangt ³⁾, erscheint angesichts des von Anbeginn festgelegten Ergebnisses eines Verbots tatbestandserweiternder Analogie ⁴⁾ selbstverständlich.

Daß er überhaupt von einem solchen Verbot ausgeht, ohne seine eigene Auffassung auch nur in Zweifel zu ziehen ⁵⁾, ist der größte Mangel seiner Arbeit. Angesichts dieses Ausgangspunkts erscheinen die nachfolgenden Ausführungen wie ein Umweg, der zum anfangs festgelegten Ergebnis zurückführt.

Im Ergebnis jedoch ist DANCKERT zuzustimmen: Anerkennung des strafrechtlichen Analogieverbots.

Im folgenden ist somit vom möglichen Wortsinn als Auslegungsgrenze auszugehen. Dabei ist, um Mißverständnisse zu vermeiden, noch auf eine Unterscheidung hinzuweisen.

1) vgl. ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.41; SAX, Analogieverbot, S.153

2) so mit Recht ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S.5

3) Auslegung und Analogie, S.110

4) a.a.O., S.9

5) vgl. hierzu oben S.24 ff, 42 ff, 47

Auch Befürworter des Analogieverbots sprechen dem Wortlaut bisweilen eine erhebliche Bedeutung für das Auslegungsverfahren ganzlich ab ¹⁾. Gleichzeitig anerkennen sie den Wortsinn als Auslegungsgrenze ²⁾.

Dieser scheinbare Widerspruch löst sich auf, wenn folgendes beachtet wird: Der Wortlaut ist Ausgangspunkt für jede Gesetzesinterpretation. Er eröffnet den Bereich der Auslegung und weist bei Mehrdeutigkeit auf verschiedene Lösungsmöglichkeiten hin. Sinn und Zweck der Norm geben sodann den Ausschlag, welche Möglichkeit der Entscheidung zugrunde gelegt wird. Insofern ist nicht der gesetzliche Wortlaut, sondern die Ermittlung des maßgeblichen Sinns der Norm das entscheidende Kriterium für die Auslegung. Das Zweckmoment ist insoweit oberstes Prinzip ³⁾. Gleichzeitig aber begrenzt der Wortsinn das Maß der teleologischen Gesetzesinterpretation. Man könnte daher von einer doppelten Funktion des Wortlauts sprechen ⁴⁾, und je nachdem, welche Funktion man betrachtet - Ausgangspunkt für die Auslegung oder Endpunkt - kann dem Wortsinn einmal nur eine geringe und muß ihm das andere Mal die entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

E. Die vom Verbot umfaßte strafbegründende und strafschärfende

Analogie

Die h.M. bezieht das Analogieverbot auf die strafbegründende wie auch auf die strafschärfende Analogie ⁵⁾. Die Meinung vom Verbot der strafschärfenden Analogie bedarf der Überprüfung. Dem Richter ist es sicher verboten, den gesetzlichen Strafraum eines Qualifikationstatbestandes zu überschreiten, z.B. bei einem schweren

1) so ausdrücklich SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung, S.48; ebenso SCHWARZ-DREHER, § 2 Anm. 1 D b; STREE, JuS 1961, 51; HEINZE, Das Verbot analoger Anwendung von Strafgesetzen, S.20

2) so SCHWINGE, a.a.O., S.48; STREE, a.a.O., S.51

3) MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, S.50

4) so MEIER-HAYOZ, a.a.O., S.42

5) vgl. statt aller SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2, Rdn.4

Diebstahl eine Zuchthausstrafe von 15 Jahren zu verhängen, obwohl der gesetzliche Strafraum auf 10 Jahre beschränkt ist. Zweifel bestehen jedoch, ob ein solch striktes Verbot analoger Rechtsanwendung auch dann gilt, wenn der Richter prüft, ob überhaupt ein schwerer Diebstahl vorliegt.

Nach allem bisher Gesagten erscheint es zunächst widersprüchlich, überhaupt die Möglichkeit einer Aufhebung oder Einschränkung des Analogieverbots für diesen Fall zu erwägen. Gerade am Beispiel des § 243 StGB ist der Nachweis erbracht worden, daß es zum Wesen der Analogie *praeter legem* gehört, dem gesetzlichen Tatbestand unbegrenzt ähnliche Fälle zuordnen zu können ¹⁾. Die analoge Rechtsanwendung würde schließlich zur Bestrafung nach § 243 StGB in allen besonders schwer erscheinenden Fällen führen. Mit dieser Feststellung ist aber auch schon angedeutet, warum dennoch Zweifel daran bestehen, bei § 243 StGB das Analogieverbot strikt durchzuführen. Der Gesetzgeber hätte, statt einen Qualifikationstatbestand zu schaffen, in § 242 StGB bestimmen können, daß in besonders schweren Fällen auf Zuchthaus bis zu 10 Jahren zu erkennen ist.

Der Vorschlag, die starre Kasuistik des § 243 StGB in dieser Weise zu umgehen, wurde in der Tat mehrmals gemacht. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches 1936 löste in § 455 Abs. 2 die Mehrzahl der herkömmlichen Qualifikationen in besonders schwere Fälle auf ²⁾:

Ein schwerer Fall liegt insbesondere vor,

- 1.) wenn aus einer dem Gottesdienst ... gewidmeten Stätte gestohlen wird ...,
- 2.) wenn ... aus einem geschlossenen Raum gestohlen wird usw.

Ähnlich ist der Vorschlag H. MAYERS ³⁾:

Ein besonders schwerer Fall liegt vor,

- 1.) wenn der Täter eine besonders befriedete Sache stiehlt, insbesondere wenn er
 - a) einbricht, einsteigt ...
 - b) aus einer Kirche stiehlt ... usw.

1) vgl. oben S.60

2) Das geht zurück auf einen Vorschlag KOHLRAUSCHs in: GORTNER, Strafrechtskommission, Bes.Teil 1936, S.484

3) Strafrechtsreform, S.75

Man kann sich vorstellen, daß alle jetzt in § 243 StGB aufgeführten Qualifikationen bei der Schaffung besonders schwerer Fälle beispielhaft aufgezählt wären. In diesem Fall könnte die Rechtsprechung außer den jetzt in § 243 StGB ausdrücklich genannten Fällen alle ähnlichen, in ihrem Unrechtsgehalt gleichwertigen Fälle ebenfalls schwerer bestrafen; denn die beispielhaft gebildeten Fälle verweisen den Richter ausdrücklich auf eine analoge Rechtsfindung ¹⁾.

Man fragt sich, warum wegen der unterschiedlichen Gesetzesteknik bei Schaffung eines Qualifikationstatbestandes (§ 243 StGB) die analoge Rechtsanwendung verboten sein soll, während die besonders schweren Fälle gerade umgekehrt den Richter hierauf verweisen.

Die Antwort hierauf scheint zunächst einfach zu sein. Bei den benannten besonders schweren Fällen gibt das Gesetz dem Richter durch die nur beispielhafte Aufzählung eine Ermächtigung zur Analogie. Die Entscheidungen halten sich stets innerhalb des Wortsinns der Norm. Ähnlich schwere Fälle sind durch das Hinzufügen des Wortes "insbesondere" ausdrücklich in das Gesetz mit einbezogen. Es handelt sich daher um Analogie intra legem ²⁾, während die Ausdehnung eines Qualifikationstatbestands mittels Analogie praeter legem erfolgt.

Da der innergesetzliche Analogeschluß grundsätzlich erlaubt ³⁾, Analogie praeter legem dagegen verboten ist, scheinen die Zweifel an der strikten Durchführung des Analogieverbots bei Qualifikationstatbeständen behoben zu sein.

In Wirklichkeit ist die Problematik aber nicht ausgeschöpft. Die Regelung durch besonders schwere Fälle bewirkt zwar die funktionelle Umpolung der analogen Rechtsanwendung zur grundsätzlich

1) BAUMANN, AT, S.143; ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.21; NOLL, JZ 1963, 300/1

2) Unklar BAUMANN (AT, S.143), der die besonders schweren Fälle "zum Analogiebereich" rechnet. Da er jedoch Analogie intra legem nicht anerkennt (a.a.O., S.144), bleibt nur die Möglichkeit, daß er die besonders schweren Fälle - was falsch wäre - der Analogie praeter legem zurechnet oder sie zwar als innergesetzliche Analogie wertet, was aber seiner grundsätzlichen Auffassung zur Analogie intra legem widerspräche.

3) vgl. oben S.20

zulässigen Analogie intra legem: Die ähnlichen Fälle sind durch das Wort "insbesondere" ausdrücklich in die Norm mit einbezogen. Das ändert aber nichts an der Weite der Interpretationsmöglichkeit; denn das Wort "insbesondere" ist im Grunde nichtssagend. Der Richter könnte bei den besonders schweren Fällen das Gesetz in einem Maße interpretieren, wie es bei § 243 StGB nur im Wege einer Tatbestandserweiterung per analogiam praeter legem möglich wäre. Die Gesetzesinterpretation bei den besonders schweren Fällen wäre in keiner Weise überschaubarer als die analoge Rechtsfindung praeter legem bei § 243 StGB. Was als besonders schwerer Fall angesehen würde, wäre so ungewiß wie die Rechtsprechung bei analoger Zuordnung ähnlicher Fälle zum Tatbestand des § 243 StGB.

BRUNS sieht deutlich die Gefahr, daß die besonders schweren Fälle es ganz dem Richter überlassen, eine höhere Strafe zu verhängen ¹⁾. RICHARD LANGE nennt sie ein "Halbfabrikat", weil das Gesetz selbst nur wenig bestimmt ²⁾. SPENDEL meint, die besonders schweren Fälle übertügen dem Richter Aufgaben, die im Grunde der Gesetzgeber selbst zu erfüllen habe ³⁾.

Trotz der vagen Voraussehbarkeit, was die Rechtsprechung wohl als besonders schweren Fall ansehen mag, hält kaum jemand die gesetzliche Regelung durch besonders schwere Fälle für unzulässig. Bedenken werden zwar gegen die sogenannten unbenannten besonders schweren Fälle geäußert ⁴⁾. Wenn eine beispielhafte Aufzählung dem Richter aber Anhaltspunkte für die Bewertung gibt, ist nach einhelliger Meinung gegen eine solche Regelung nichts einzuwenden ⁵⁾. Man brauche sich wegen Art. 103 Abs. 2 GG keine Sorgen zu machen,

1) Strafzumessungsrecht, S.76

2) Materialien, 1.Bd., S.83

3) NJW 1960, 1705

4) DROST, NJW 1955, 1257; JAGUSCH, IK Anm.B II 3 e vor § 13; RICHARD LANGE, Der Rechtsstaat, S.70, 72; SARSTEDT, Referat, S. D 51; SAUER, GA 1955, 236; SPENDEL, NJW 1960, 1705

5) DAHS, Niederschriften Bd.1, S.126; DREHER, Gerechte Strafe, S.78; KOHLRAUSCH in: Gürtner, Strafrechtskommission 1936, S.384; LANGE, Materialien Bd.1, S.84; SARSTEDT, Referat, S. D 51; MILLETAT, Die besonders schweren Fälle, S.47 ff; SAUER, GA 1955, S.236; SPENDEL, NJW 1960, 1705

meint SARSTEDT, eine solche Regelung sei immer noch rechtsstaatlicher als die Schaffung unbenannter besonders schwerer Fälle ¹⁾.

Wenn im folgenden von der Verfassungsmöglichkeit der besonders schweren Fälle einmal ausgegangen wird, wirkt sich das auf die Beantwortung der hier interessierenden Frage aus, ob bei Qualifikationstatbeständen ausnahmsweise Analogie praeter legem erlaubt ist.

Bisher wurde § 243 StGB einer gedachten Regelung durch besonders schwere Fälle gegenübergestellt. Dabei hat sich folgendes herausgestellt: Analogie intra legem bei den besonders schweren Fällen gibt dem Richter die gleiche Freiheit wie die analoge Rechtsfindung praeter legem im Fall des § 243 StGB. Eine Gleichbehandlung bietet sich an: Zulässigkeit der Analogie praeter legem bei § 243 StGB.

Den Gegnern des Analogieverbots wurde zwar vorgehalten, zu Unrecht aus der Zulässigkeit innergesetzlicher Analogie auf die Zulässigkeit auch der Analogie praeter legem geschlossen zu haben ²⁾. Ihr Fehler lag indes darin, daß sie allein aus der formalen Struktur des Analogschlusses, der stets gleich ist, die Zulässigkeit der Analogie schlechthin ableiteten. Dabei wurden die unterschiedlichen Funktionen von Analogie intra und praeter legem nicht genügend berücksichtigt: Nur die mittels Analogie intra legem gewonnenen Entscheidungen haben im Wortsinn der Norm grundsätzlich eine feste Begrenzung, während der Analogie praeter legem keine feste Begrenzung zu eigen ist ³⁾.

Bei der hier gewählten Fallgestaltung ist jedoch neben dem äußerlich gleichen Verfahren auch der gleiche innere Gehalt von Analogie intra und praeter legem festgestellt worden.

Die Frage lautet also: Soll Analogie praeter legem trotz der ihr immanenten Gefahr einer unüberschaubaren Rechtsanwendung bei den Qualifikationstatbeständen erlaubt sein, weil der Gesetzgeber diese Weite der Gesetzesinterpretation ohnehin durch die Schaffung besonders schwerer Fälle erreichen könnte? Dieser Gedanke klingt in einem Aufsatz H.MAYERS an, wenn er dort trotz grund-

1) a.a.O., S. D 50

2) vgl. oben S.28 ff, 33 ff

3) vgl. oben S.19 f

sätzlicher Anerkennung des Analogieverbots ausführt, die erhöhte Strafbarkeit des Diebstahls an befriedeten Sachen, auch wenn die ungeschickte Kasuistik des § 243 StGB versage, verstoße nicht gegen die Grundsatz nulla poena sine lege ¹⁾.

Um die Frage nicht vorschnell zu beantworten, soll darauf hingewiesen werden, daß es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht freisteht, mittels irgend einer Gesetzestechnik der Rechtsprechung eine derart weite Interpretationsmöglichkeit einzuräumen, wie sie der Richter nur bei tatbestandserweiternder Analogie hat. Das wäre zwar theoretisch denkbar durch Schaffung sehr weiter Tatbestände, die einen unüberschaubaren Bereich umfassen. Derart vage Tatbestände wären jedoch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit verfassungswidrig.

Interessanterweise wird die Meinung vertreten, daß die besonders schweren Fälle wahrscheinlich mangels Bestimmtheit verfassungswidrig wären, sähe man sie als Merkmale des gesetzlichen Tatbestands an ²⁾.

Sie sind nach h.M. jedoch Strafbemessungsregeln ³⁾. Bei der Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, geht es nur darum, wie der Täter zu bestrafen ist. Die Strafzumessung liegt im richterlichen Ermessen ⁴⁾. Der Gesetzgeber könnte einen weiten Strafrahmen bereitstellen, der auch die Strafwürdigkeit ungewöhnlich schwerer Fälle umfaßt. Weil das aber ein unerträgliches Zunehmen des richterlichen Ermessens zur Folge hätte ⁵⁾, bewirkt der Gesetzgeber durch Schaffung der besonders schweren Fälle mit beispielhafter Aufzählung eine festere Bindung des richterlichen Ermessens, läßt der Rechtsprechung aber gleichzeitig einen genügend weiten Raum für die Beurteilung ähnlicher Fälle. Die gesetz-

1) SJZ 1947, Sp.13

2) vgl. MILLETAT, Die besonders schweren Fälle, S.39/40

3) einhellige Rechtsprechung: vgl. RGSt 59, 214 (217 f); BGHSt 11, 233 (241); überwiegende Meinung im Schrifttum: BECKER, DJ 1935, 1191; BRUNS, Strafzumessungsrecht, S.76; DROST, Ermessen, S.27; MILLETAT, Die bes. schweren Fälle, S.45; SPENDEL, NJW 1960, 1705; a.A. KOFFKA, Niederschr. Bd.VI, S.23; PETERS, Gutachten, S.16; HAMANN, Grundgesetz u. Strafgesetzgebung, S.52; offengelassen von MITTERMAIER, Gutachten, S.255 u. FEISENBERGER, ZStW 31 (1911), 951

4) vgl. oben S.11 ff

5) KANTOROWICZ, DJZ 1908, 962; LANG-HINRICHSSEN, Gutachten, S. B 33; MILLETAT, Die bes. schweren Fälle, S.23/4

lich vorgeschriebene Höchststrafe bildet die äußerste Begrenzung des Ermessens. Insofern unterscheiden sich die Qualifikationstatbestände von den besonders schweren Fällen grundlegend.

Zwar geht es auch bei den Qualifikationstatbeständen im Grunde um die Frage, *w i e* der Täter zu bestrafen ist. Das Gesetz macht die Beantwortung dieser Frage aber von der Feststellung abhängig, daß überhaupt der Qualifikations *t a t b e s t a n d* erfüllt ist.

Im Gegensatz zu den besonders schweren Fällen hängt die höhere Bestrafung also von der Prüfung auf zwei verschiedenen Ebenen ab. Einmal wird der Lebenssachverhalt unter den gesetzlichen Tatbestand subsumiert mit der Folge, daß z.B. festgestellt wird, es handelt sich um schweren Diebstahl. Zum anderen hängt die Bestrafung von der Ausübung des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung ab.

Bei den besonders schweren Fällen sind beide Fragen auf der Rechtsfolgeseite zusammengezogen. Wenn der Gesetzgeber in § 243 StGB für die gleiche Frage Tatbestand und Rechtsfolge voneinander trennt, muß dem auch Rechnung getragen werden. Die Frage der Tatbestands-erfüllung und die Prüfung der Strafzumessung sind auseinanderzuhalten.

Aus diesem Grund kann es nicht zulässig sein, wegen des hinreichend bestimmten Strafrahmens darauf zu verzichten, den gesetzlichen Tatbestand unter Beachtung des Analogieverbots auszulegen. Die Gefahren, die mit der uferlosen Ausdehnung des Tatbestands verbunden sind, können nicht dadurch behoben werden, daß das Strafmaß hinreichend bestimmt ist.

Eine andere Auffassung würde den Grundsatz *nullum crimen, nulla poena sine lege* auf den Satz reduzieren: Keine Strafe ohne ein vor der Tat genau festgelegtes Strafmaß ¹⁾. Die besonders schweren Fälle können daher das gewonnene Ergebnis eines strikten Analogieverbots nicht beeinflussen. Gerade umgekehrt vestehen wegen des Analogieverbots Bedenken, ob es gerechtfertigt erscheint, Qualifikationstatbestände in besonders schwere Fälle aufzulösen ²⁾. Damit wird eine uferlose Ausdehnung der Tatbestände zwar verhindert,

1) Ob dieser Satz in Art.103 Abs.2 GG verfassungsrechtlich verbürgt ist, ist im übrigen streitig, vgl. unten S.83 Fußn.3

2) vgl. BAUMANN, AT, S.143

weil sie nach H.M. nicht als Merkmale des gesetzlichen Tatbestands anzusehen sind. Mit Erstaunen nimmt man aber zur Kenntnis, daß das schwierige Problem, welches sich in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bei der Auslegung stets stellt, - handelt es sich um schweren Diebstahl ? - bei den besonders schweren Fällen gar nicht auftaucht. Die Frage, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt, erscheint verfassungsrechtlich völlig unproblematisch. Würde der Gesetzgeber also die tatbestandliche Umschreibung des schweren Diebstahls in die Rechtsfolgeseite verlagern und bestimmen, ein besonders schwerer Fall liegt vor, wenn ... usw., wäre das Analogieproblem auf geradezu verblüffend einfache Weise gelöst.

Vielfach wird nun auf die unbedingte Notwendigkeit hingewiesen, die besonders schweren Fälle als Strafbemessungsregeln zu bezeichnen, weil ihre Qualifizierung als Tatbestandsmerkmale zu "terminologischer Verwirrung" führen würde: Ihnen fehle das typische Merkmal der Tatbestände, die Ausschließlichkeit und das Erschöpfende der Unrechtstypisierung ¹⁾.

Es wird offen zugegeben, daß sie als Tatbestandsmerkmale mangels hinreichender Bestimmtheit auf erhebliche rechtsstaatliche Bedenken stoßen würden ²⁾.

Um so mehr erstaunt es, daß überwiegend gegen die besonders schweren Fälle keine Bedenken mehr geäußert werden, wenn sie als Strafbemessungsregeln bezeichnet und auf der Rechtsfolgeseite angesiedelt werden.

Daß wegen des richterlichen Ermessens bei der Strafzumessung an den Satz nulla poena sine lege anscheinend nicht so strenge Maßstäbe hinsichtlich der Voraussehbarkeit der Entscheidungen anzulegen sind wie an den nullum-crimen-Grundsatz, erscheint noch verständlich ³⁾. Dagegen erfüllt einen die Vorstellung mit Unbehagen, daß der Gesetzgeber durch Schaffung besonders schwerer

1) RICHARD LANGE, Materialien Bd. 1, S.82

2) MILLETAT, Die bes. schweren Fälle, S.40

3) WELZEL (Deutsches Strafrecht, S.19); KARL PETERS (Gutachten, S.23) und SCHRÖDER (Gutachten, S.75/6) messen dem Satz nulla poena sine lege überhaupt nicht Verfassungsrang bei. Zur Begründung wird ausgeführt, Art.103 Abs.2 GG beziehe sich nur auf die "Strafbarkeit" (nullum crimen sine lege). Die Entstehungsgeschichte beweise indes das Gegenteil, vgl. MAUNZ-DURIG, Art.103 Rdn.108; MEZGER-BLEI, AT 28/9; NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.183/4

Fälle in die Rechtsfolge ausweichen kann, wo er genau bestimmte Tatbestände bilden könnte. LANG-HINRICHSSEN ist der Auffassung, der Gesetzgeber müsse zumindest beim Übergang von Gefängnis- zu Zuchthausstrafe den Weg der "Vertatbestandlichung" wählen ¹⁾. RICHARD LANGE wirft grundsätzlich die Frage auf, ob nicht statt mit besonders schweren Fällen mit echten tatbestandsmäßigen Formulierungen gearbeitet werden müsse ²⁾. An anderer Stelle nennt er die Einführung besonders schwerer Fälle eine unzulässige Selbstausschaltung des Gesetzgebers ³⁾. JAGUSCH fragt ebenfalls, ob nicht die Strafschärfungsgründe ausschließlich im gesetzlichen Tatbestand geregelt werden müßten.

Ob der Gesetzgeber sich durch die Technik der besonders schweren Fälle nicht oftmals der Verpflichtung des nullum-crimen-Grundsatzes entzieht, sollte einmal genauer untersucht werden; den Rahmen der vorliegenden Arbeit würde das allerdings sprengen. Als Ergebnis ist hier festzuhalten: Das Verbot tatbestandserweiternder Analogie ist strikt zu befolgen. Es darf für Qualifikationstatbestände nicht deswegen eingeschränkt werden, weil das Gesetz durch die besonders schweren Fälle vielfach eine Weite und damit notwendig verbunden eine Unsicherheit für die Gesetzesinterpretation geschaffen hat, wie sie bei anderer Gesetzestechnik (Qualifikationstatbestände) nur mittels Analogie praeter legem möglich wäre.

Als historische Reminiszenz sei angemerkt, daß sogar im Dritten Reich das Verbot strafschärfender Analogie diskutiert wurde mit der Begründung, § 2 i.d.F. von 1935 beziehe sich nur auf die von keiner Norm unmittelbar erfaßten Fälle. Sei der Grundtatbestand erfüllt, dürfe nur diese Norm zur Anwendung kommen, nicht aber im Wege der Analogie auch der Qualifikationstatbestand ⁵⁾.

1) Gutachten, S. 38

2) Materialien Bd.1, S.84

3) Der Rechtsstaat, S.72, allerdings bezieht sich diese Äußerung nur auf die unbenannten besonders schweren Fälle

4) LK, Anm.B II 3 e vor § 13

5) vgl. ZIMMERL, Festschr. f. Graf v. Gleispach, S.185; HEINRICH, Der Grundgedanke nach § 2, S.4 ff

F. Das Analogieverbot aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts

In Übereinstimmung mit der h.L. ist somit ein Verbot strafbegründender und strafscharfender Analogie zu bejahen. Die Richtigkeit dieser Meinung wird bestätigt, wenn man die dem Bundesverfassungsgericht hinsichtlich Art. 103 Abs. 2 GG zugewiesene Aufgabe näher betrachtet. Ist ein Verurteilter der Meinung, die gegen ihn ergangene Entscheidung finde keine Stütze im Gesetz, kann er Verfassungsbeschwerde erheben, § 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Das Bundesverfassungsgericht prüft die Entscheidung daraufhin nach, ob spezifisches Verfassungsrecht verletzt ist ¹⁾. Das ist nach einhelliger Meinung nicht schon dann der Fall, wenn die angefochtene Entscheidung am einfachen Recht gemessen objektiv fehlerhaft ist ²⁾. Der Fehler muß vielmehr gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen. Die Auslegung einfachen Rechts und die Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte und grundsätzlich der Nachprüfung des Bundesverfassungsgerichts entzogen ³⁾. Das Verfassungsgericht darf nicht zu Superrevisionsinstanz gemacht werden ⁴⁾.

Befürwortet man das Analogieverbot, prüft das Bundesverfassungsgericht nur, ob die angefochtene Entscheidung gegen dieses Verbot verstößt, Art. 103 Abs. 2 GG. Ob die Entscheidung sich aus anderen Gründen als fehlerhaft erweist, bleibt unbeachtlich. Unrichtige Entscheidungen, wenn sie sich nur innerhalb des vom Wortsinne umfaßten Bereichs halten, können allein ihrer Fehlerhaftigkeit wegen nicht aufgehoben werden, weil das Bundesverfassungsgericht keine Pflicht zu unbeschränkter Nachprüfung hat ⁵⁾.

1) vgl. BVerfG NJW 1964, 1715 (1716)

2) BVerfG a.a.O.; MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, BVGG § 90 Rdn.66; GEIGER, BVGG § 90, Anm.6 e

3) BVerfG a.a.O., S.1715 (1716)

4) vgl. MAUNZ-SIGLOCH-SCHMIDT-BLEIBTREU-KLEIN, a.a.O., § 90 Rdn.6 e

5) BVerfG a.a.O., 1715 (1716)

Das würde sich grundlegend ändern, wollte man mit den Befürwortern der analogen Rechtsanwendung die ratio legis zum alleinigen Kontrollmaßstab für die Beachtung des nullum-crimen-Grundsatzes erklären. Was im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gesetzlich bestimmt wäre, ergäbe sich aus einer teleologischen Interpretation. Die Strafbarkeit wäre so lange in hinreichendem Maß gesetzlich bestimmt, wie eine Bestrafung nach Sinn und Zweck des Gesetzes geboten wäre ¹⁾. Das muß auf der anderen Seite bedeuten: Eine Entscheidung stünde mit dem gesetzlich Bestimmten nicht in Einklang, wenn sie der ratio legis widerspräche. Da jede objektiv unrichtige Entscheidung vom Gesetz nicht gewollt ist, somit der ratio legis nicht entspricht, wäre jede Fehlentscheidung zugleich auch eine Verletzung des nullum-crimen-Grundsatzes wie ihn die Gegner des Analogieverbots verstehen.

Art. 103 Abs. 2 GG wäre sonach eine Garantie für richtige Entscheidungen; das Bundesverfassungsgericht hätte als Superrevisionsinstanz die Aufgabe, jede angefochtene Entscheidung auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen.

Auch unter diesem Aspekt erweist sich demnach das Analogieverbot als einzig mögliche Lösung des neuerdings so umstrittenen Analogieproblems.

G. Abschließende Fragen

1.) Die Unzulänglichkeit der Gesetze

Bevor der 2. Teil der vorliegenden Untersuchung in Angriff genommen werden kann, sind zuvor noch einige abschließende Fragen zu beantworten. Allein die Tatsache gesetzlicher Lücken beweist die Unzulänglichkeit der Gesetze. Trotzdem bedeutet das Verbot der Lückenausfüllung nicht, daß die intelligenten Täter nun stets durch die Maschen der Gesetze schlüpfen und die Justiz sie nach jeder Tat zu neuen Unrechtstaten wieder in die Freiheit entlassen

1) so SAX, Analogieverbot, S.93

muß. Dieses oft gegen das Analogieverbot heraufbeschworene Bild ¹⁾ verzerrt die Dinge. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen. Es soll zuerst an den Beispielsfall des auf einem Flugplatz verübten Diebstahls erinnert werden. Wenn es dem Richter nicht möglich ist, diese Tat analog § 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB zu bestrafen, wird er den Täter wegen einfachen Diebstahls verurteilen müssen, jedoch bei der Festsetzung des Strafmaßes die Schwere der Tat berücksichtigen können.

Aber auch dann, wenn überhaupt kein Straftatbestand zur Verfügung steht, verbürgt das Analogieverbot dem Täter keine ewige Straffreiheit für die Fortführung dieser "gesetzlosen Tat". Wie schnell der Gesetzgeber diese Lücke schließen kann, wurde z.B. bei den Fällen des "Elektrizitätsdiebstahls" deutlich. Nachdem das Reichsgericht im Jahre 1900 zum zweiten Mal entschieden hatte, daß der Entzug von Elektrizität nicht unter § 242 StGB subsumiert werden kann, wurde noch in demselben Jahr ein besonderes Gesetz erlassen, das die Entziehung elektrischer Energie unter Strafe stellte ²⁾.

Das im nullum-crimen-Grundsatz verankerte Prinzip der Rechtssicherheit ist also nicht mit einer ohnmächtigen Strafjustiz erkaufte, wenn der Gesetzgeber seine Pflicht tut ³⁾. Die Strafgesetze können sich dem "Genius der Unterwelt" sehr wohl anpassen ⁴⁾. Hohle Worte, aber bezeichnend für die nationalsozialistische Zeit, sind daher die von FREISLER ⁵⁾ gegen das Analogieverbot in den Vordergrund geschobenen Einwände: "Dem berufsmäßigen Übeltäter muß es so vorkommen, als ob das Volk ... anstelle seiner Bekämpfung ein sportliches Wettspiel beginne, dessen

1) Es findet sich bei GERMANN, SchwZStr 55 (1941), 160; JOST, SchwZStr 65 (1951), 360; PAUL, Gewohnheitsrecht, S.64; dieses Bild nach auch EXNER (Gerechtigkeit u. Richteramt, S.45) vor Augen, wenn er ausführt, das Analogieverbot sei "Triumph des Gesetzeswortlauts über den Willen des Gesetzgebers".

2) Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit v. 9.4.1900 (RGBl.S.228)

3) Dieser Gedanke klingt an bei Kohlrausch, ZStW 20 (1900), 459

4) MAURACH, Volksethik u. Strafrecht, S.17

5) Schutz des Volkes, S.8

Spielregeln dem Übeltäter sogar eine größere Chance bieten, da das Spielfeld des Volkes ... ein ausdrücklich begrenztes ist, dem Übeltäter aber das ganze unbegrenzte übrige Feld zur freien Betätigung überlassen wird."

Das so eifrige Streben nach lückenloser Strafverfolgung um jeden Preis erscheint aus den oben genannten Gründen nicht ganz verständlich. Die Gegner des Analogieverbots würden im Grunde nur das eine erreichen: Die Untätigkeit des Gesetzgebers.

Der Spott einiger Gegner, man wolle wohl lieber die Torheit der Gesetze ertragen als die Torheit der Richter ¹⁾, kennzeichnet daher im Grunde die Situation nicht. Der eben zitierte Satz stammt ursprünglich auch von einem Befürworter des Analogieverbots: THEODOR RITTLER, der damit zum Ausdruck bringen wollte, daß eine gesetzliche Lücke eher zu ertragen ist als deren Ausfüllung durch "eigenwillige" Richter ²⁾.

STERNAGEL-HAASE ³⁾ hält den Gegnern des Verbots wohl nicht ganz zu Unrecht entgegen, die Zahl derjenigen, die infolge des Analogieverbots triumphierend durch die Maschen des Gesetzes hindurchkämen, sei doch gering gegenüber der großen Zahl der Rechtsbrecher, die infolge offenkundiger Fehler der Strafverfolgungsbehörden - der Gerechtigkeit zum Hohn - ihrer wohlverdienten Strafe entgingen.

2.) Ausstrahlung des Analogieverbots auf den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit

Ein kurzer Blick soll noch auf den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit geworfen werden.

Obwohl das Problem der Gesetzesbestimmtheit eigentlich nicht Gegenstand dieser Arbeit ist, erweist sich dieser Abstecher aus folgenden Gründen dennoch als angebracht: Auf die enge Verbindung von Gesetzesbestimmtheit und Analogieproblem wurde bereits mehr-

1) PAUL, Gewohnheitsrecht, S.68

2) ZStW 49 (1921), 473

3) Analogie, S.56/7

mals hingewiesen. Insbesondere die Auseinandersetzung mit ARTHUR KAUFMANN hat deutlich gemacht, daß eine Auflockerung des Grundsatzes der Tatbestandsbestimmtheit zugleich das Analogieverbot aufweicht ¹⁾. Auf der anderen Seite wirkt nun das strikte Verbot analoger Rechtsfindung praeter legem auf den Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit zurück. Es soll auf einige Tatbestände hingewiesen werden, deren Verfassungsmaßigkeit unter dem Blickwinkel des Analogieverbots in Zweifel gezogen werden muß.

Durch die Worte "oder einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff" verweist der Gesetzgeber in § 315 Abs. 1 Nr. 4 StGB und in § 315 b Abs. 1 Nur. 3 StGB den Richter ausdrücklich auf eine analoge Rechtsfindung ²⁾.

Nicht ganz klar ist zunächst, ob der Richter mittels Analogie intra oder praeter legem entscheidet, wenn er einen Lebenssachverhalt unter diese ähnlichen Eingriffe subsumiert ³⁾.

BOCKELMANN scheint der Meinung zu sein, es handele sich um Analogie praeter legem; denn er führt aus, in einem solchen Fall sei es statthaft, dem Richter ausnahmsweise von dem Analogieverbot "Dispens zu erteilen", weil "das Gesetz andeutungsweise eine Ermächtigung dazu gibt" ⁴⁾. Um Analogie praeter legem handelt es sich jedoch nur, wenn das Recht ergänzt und der Tatbestand erweitert wird. Bei der Subsumtion des Sachverhalts unter die ähnlichen Fälle hält sich die Entscheidung innerhalb des Wortsinns der Norm, weil die ähnlichen Eingriffe ausdrücklich in das Gesetz mit einbezogen sind. Mangels Tatbestandserweiterung handelt es sich daher um Analogie intra legem. Von tatbestandserweiternder Analogie müßte gesprochen werden, wenn bei Fehlen der Worte "oder einen ähnlichen Eingriff" gleichwertige Fälle dem Tatbestand analog zugeordnet würden.

Durch das Hinzufügen dieser Worte gibt der Gesetzgeber somit den Bedenken, die gegen die tatbestandserweiternde Analogie bestehen, von vornherein keinen Raum.

Die Diskussion über den möglicherweise zu weiten Auslegungsspiel-

1) vgl. oben S. 77 ff

2) ISENBECK, NJW 1969, 174

3) vgl. ISENBECK, a.a.O., S.174

4) Festschr. f. Eb. Schmidt, S.453

raum müßte aber auf der Ebene der Tatbestandsbestimmtheit fortgeführt werden. Es erscheint auf den ersten Blick nicht ganz klar, wie die der Analogie praeter legem immanente Gefahr einer zu vagen Rechtsprechung allein durch das Hinzufügen der im Grunde inhaltsleeren Worte "oder einen ähnlichen Eingriff" gebannt werden kann.

Diese Gesetzesteknik bewirkt zwar die funktionelle Umpolung der analogen Rechtsanwendung zur grundsätzlich zulässigen Analogie intra legem, das ändert aber nichts an der Weite des Auslegungsspielraums. Durch den Hinweis auf ähnliche Eingriffe fehlt es an einer abschließenden gesetzlichen Regelung, die allein das Maß der Gesetzesinterpretation wirksam begrenzen kann ¹⁾. Nur die Richtung ist der Rechtsprechung vorgezeichnet; der Rechtsanwender ist aber nicht - wie es notwendig wäre - an einen festen Wortsinn gebunden, weil die Worte "oder einen ähnlichen Eingriff" im Grunde nur auf die ratio legis hinweisen. Auf die ratio legis als einziges Kriterium für die Gesetzesinterpretation darf wegen des nullum-crimen-Grundsatzes aber nicht abgestellt werden. Das haben die bisherigen Erörterungen deutlich gemacht ²⁾.

Die eben gemachten Ausführungen erinnern an die Erörterung der "besonders schweren Fälle", die ebenfalls nur eine beispielhafte Aufzählung enthalten. Nur weil sie als Strafbemessungsregeln angesehen werden, hält der überwiegende Teil der Rechtslehre sie für verfassungsrechtlich zulässig ³⁾. §§ 315, 315 b StGB verweisen nun den Richter bei der Subsumtion der Lebenssachverhalte unter den gesetzlichen T a t b e s t a n d auf analoge Rechtsfindung. Ob sie mit dem Grundsatz der Tatbestandsbestimmtheit zu vereinbaren sind, erscheint aus diesem Grund überaus zweifelhaft ⁴⁾. Die im Gesetz genannten Beispiele wollen zwar die Rich-

1) Daß die abschließende und erschöpfende Unrechtstypisierung das Wesen der Straftatbestände ausmacht, ist unter den Befürwortern des Analogieverbots unstr., vgl. RICHARD LANGE, Materialien, Bd. 1, S.82; a.A. z.T. die Gegner des Analogieverbots, vgl. oben S.57 ff

2) vgl. oben S.59 ff

3) vgl. oben S.76 f

4) Keine Bedenken gegen eine solche gesetzliche Regelung hat GERMANN, SchwZStr 61 (1946), 124. Das erscheint folgerichtig, weil er grundsätzlich gegen analoge Rechtsfindung nichts einzuwenden hat.

tung angeben, in der die Entscheidung zu suchen ist, schieben aber am Ende diese doch dem Richter ins Gewissen ¹⁾.

§ 90 des Regierungsentwurfs eines Achten Strafrechtsänderungsgesetzes ²⁾ zeigte ebenfalls deutlich dieses Mühen um Lückenlosigkeit. Auch hier wurde dieses Ziel aber nur durch den Hinweis auf Analogie erreicht. Die unter Strafdrohung gestellten Handlungen wurden wie folgt umschrieben:

"

§ 90

(1)

1...

a) Sabotagehandlungen, Zerstörungen oder gemeingefährliche Handlungen, die in den §§ 109 e, 305, 306 bis 308, 311, 312, 313, 316 b, 317 mit Strafe bedroht sind, ähnliche ebenso gefährliche Gewaltmaßnahmen oder Handlungen, die in den §§ 315, 315 b mit Strafe bedroht sind, ... "

Die "ähnlich gefährlichen Gewaltmaßnahmen" neben der endlos langen Paragraphenreihe zeigen, daß man zwar mit ähnlichen Eingriffen rechnete, aber offensichtlich nicht wußte, was an ähnlichen Eingriffen tatsächlich jemals vorkommen würde. Hätte man das gewußt, wäre mit Sicherheit eine präzise tatbestandliche Umschreibung erfolgt.

Ein abschließendes Urteil über die Gesetzestechnik, nur eine beispielhafte tatbestandliche Umschreibung zu geben, kann allerdings nur getroffen werden, wenn die mannigfaltigen anderen Gesichtspunkte zur Gesetzesbestimmtheit berücksichtigt werden. Das würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

Als Ergebnis kann aber festgehalten werden: Das Analogieverbot strahlt auf den gesamten Bereich des nullum-crimen-Grundsatzes aus und sollte auch die Diskussion über die Tatbestandsbestimmtheit beeinflussen.

Der von SEEL vorgeschlagene Lösungsweg hinsichtlich der Bestimmtheit einzelner Tatbestände verdient aus dieser Sicht jedenfalls keine Zustimmung. Er hält selbst vage gefaßte Tatbestände, "auch wenn sie eine Garantiefunktion nicht mehr erfüllen, nach Art. 103

1) so charakterisiert ENGLISH vage Tatbestandsfassungen; Wahrheit u. Richtigkeit im jur. Denken, S.18

2) BT-Drucksache V / 898

Abs. 2 GG verfassungsrechtlich für zulässig¹⁾, weil nur so eine noch größere Gefahr vermieden werde: Analogie praeter legem²⁾. Hierin ist ein richtiger Gedanke enthalten. Sind Tatbestände zu eng und kasuistisch, besteht das Bestreben, sie gleichsam bis zur Grenze ihrer Tragfähigkeit zu belasten. Dabei ist die Gefahr, der Lückenlosigkeit des Strafschutzes wegen verbotene Analogie praeter legem anzuwenden, stets groß. SEEL hat daher mit seiner Behauptung recht, daß weite Tatbestände dieser Gefahr nicht unterliegen.

Bei vagen Generalklauseln besteht aber nur deswegen kein Bedürfnis, den Tatbestand zu erweitern, weil sich auch ohne Analogie praeter legem dem Gesetz subsumieren läßt, was man ihm subsumieren will.

SCHRÖDER sieht mit Recht in derart unbestimmten Gesetzestatbeständen "eine Art antezipierter Analogie", die der gleichen Kritik wie die Analogie praeter legem unterliegt³⁾⁴⁾. Schon VON BAR hat sich in diesem Sinn zu § 360 Nr. 11 StGB geäußert: Diese Bestimmung sei so vage, daß der Richter sie zur Rechtfertigung alles dessen verwenden könne, was er für ungebührlich, d.h. für strafwürdig hält; "eine Bestrafung in der Tat auf Grund allgemeinster und unbestimmtester Rechtsanalogie"⁵⁾.

In dem Maß, wie die gesetzlichen Tatbestände von der geforderten Bestimmtheit abweichen, nähert sich der innertatbestandliche Analogschluß der Analogie praeter legem an und erlangt deren Gefährlichkeit.

Die Lösung, wie SEEL sie vorschlägt, führt also nur dazu, daß statt von der Analogie praeter legem das gleiche Maß an Unsicherheit nun infolge der Unbestimmtheit der Tatbestände von der Analogie intra legem ausgeht.

1)2) SEEL, Unbestimmte Tatbestandsmerkmale, S.128 ff

3) Gutachten, S.68, ebenso MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 413; JOST, SchwZStr 65 (1950), 360

4) Nicht ganz verständlich erscheint es, wenn SCHRÖDER gleichzeitig den Abbau gesetzlicher Kasuistik fordert und sie durch beispielhafte Aufzählungen ersetzen will; Gesetz u. Richter, S.26

5) Gesetz u. Schuld, Bd.1, S.18

2. TEIL

DURCHFÜHRUNG DES ANALOGIEVERBOTS

§ 1 Nichtbeachtung des Verbots selbst von Befürwortern dieses Prinzips

Obwohl die bisherigen Ausführungen zur Bejahung des Analogieverbots geführt haben, kann die Erörterung des Analogieproblems dennoch nicht abgeschlossen werden. In welche Richtung die Diskussion gelenkt werden muß, wird klar, wenn der eigentliche Grund dafür aufgedeckt wird, warum in der neueren Lehre immer wieder versucht wird, sich dem Analogieverbot zu entziehen.

I. Hinweis auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Handhabung des Verbots

Wird nach der Ursache für die Ablehnung des Verbots gefragt, scheint die Antwort zunächst klar zu sein: Es sollen gesetzliche Lücken geschlossen werden ¹⁾. Offenbar beeinflußt also der uralte Widerstreit zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit die Entscheidung für oder wider das Analogieverbot ²⁾ mit der Folge, daß es von denjenigen abgelehnt wird, die das Prinzip der Gerechtigkeit höher bewerten ³⁾. So nahe es liegt, in diesen Motiven den eigentlichen Grund für die Ablehnung des Verbots zu sehen, so voreilig ist dieser Schluß. Wenn auch das Prinzip der Gerechtigkeit als Begründung stets angeführt wird ⁴⁾, so hat das Bemühen um Ablehnung des Verbots noch eine andere Ursache. ARTHUR KAUFMANN weist gleich zu Beginn seiner Ausführungen auf

1) vgl. oben S. 18

2) vgl. DANCKERT, Analogie u. Auslegung, S.9

3) so z.B. SAUER, Allg. Strafrechtslehre, S.51;
MITTERMAIER, SchwZStr 63 (1948), 422

4) kritisch hierzu SAX, Analogieverbot, S.143/4

die Literatur hin, die sich mit der Unterscheidung von Auslegung und Analogie befaßt und meint, sie sei "das Eingeständnis der völligen Unbrauchbarkeit einer praktischen Abgrenzung" ¹⁾. Die Arbeit KAUFMANNS stellt im Grunde den Versuch dar, durch Ablehnung des Analogieverbots endlich zu einer praktikablen Lösung zu gelangen.

Dieses Motiv wird auch bei MITTERMAIER deutlich, wenn er ausführt, trotz des überall anerkannten Verbots werde dennoch stets Analogie angewandt. Es sei daher "richtiger, offen zuzugeben, daß wir auch Analogie anerkennen" ²⁾. Wegen der "Unmöglichkeit", Analogie und Auslegung zu unterscheiden, bezeichnet SAX seinen Lösungsvorschlag als "die Beseitigung des ärgerlichen Problems" ³⁾, er spricht von "Flurbereinigung" ⁴⁾.

Also hat das Streben nach Beseitigung des Verbots einen sehr praktischen Anlaß. Weil es unmöglich erscheint, Analogie praeter legem stets exakt von der Auslegung abzugrenzen, soll sie für zulässig erklärt werden, damit der Stein des Anstoßes endlich beseitigt wird.

Es mag verständlich erscheinen, wenn versucht wird, auf diesem Weg die Probleme zu umgehen; die Argumentation überzeugt jedoch nicht. Allein die Schwierigkeit, Auslegung und Analogie in der Praxis zu trennen, bedeutet nicht, daß die Unterscheidung deswegen aufgegeben werden darf. Die Argumentation der Gegner vermag aber vor allem deswegen nicht zu überzeugen, weil mit dem Hinweis auf die praktische Undurchführbarkeit nur Sand ins Getriebe der theoretischen Auseinandersetzung geworfen wird. Wollte man das Analogieverbot wegen seiner praktischen Folgen leugnen, müßte die These der Undurchführbarkeit des Verbots bewiesen werden. Das tun die Gegner des Verbots jedoch nicht. Sie setzen dem in theoretischer Erörterung geborenen Analogieverbot vielmehr nur die These der Undurchführbarkeit entgegen.

Von ihrer Sicht aus ist das allerdings konsequent; sie mißverstehen die h.M. - wie man im 1. Teil der vorliegenden Untersu-

1) Analogie, S.3

2) SchwZStr 63 (1948), 422

3) Analogieverbot, S.153, vgl. auch S.134

4) a.a.O., S.153

chung gesehen hat - 1) ja dahin, daß jegliche Analogie zu Ungunsten des Angeklagten verboten sei, auch Analogie intra legem. Wegen der Möglichkeit, im Rahmen der Gesetzesauslegung Analogie anzuwenden, sind die Gegner bereits von der Undurchführbarkeit des Verbots überzeugt 2), obwohl über die Durchführung des Verbots tatbestandserweiternder Analogie damit nichts ausgesagt ist.

Sind auch die Gegner des Verbots den Beweis für die Richtigkeit ihrer Meinung schuldig geblieben, so ist die Erörterung des Analogieproblems doch mit der These der praktischen Undurchführbarkeit des Verbots belastet, zumal von der h.M. offen zugestanden wird, daß die Abgrenzung von Analogie und Auslegung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet 3).

Damit ist den weiteren Erörterungen die Richtung gewiesen. Es muß geprüft werden, wie sich die Befürworter des Verbots mit den andgedeuteten Schwierigkeiten auseinandersetzen, ohne den Bestand des nullum-crimen-Grundsatzes zu schmälern und das Analogieverbot in Frage zu stellen.

In den Ausführungen ARTHUR KAUFMANNs findet sich der Satz, das Analogieverbot friste sein Dasein ausschließlich in Kommentaren und Lehrbüchern 4). Hiermit will er zum Ausdruck bringen, daß seiner Meinung nach das Verbot analoger Rechtsfindung in der Rechtsprechung überhaupt keinen Niederschlag gefunden hat 5). Mit dieser Bemerkung wird aber zugleich auch auf die Anerkennung des Prinzips durch das Schrifttum hingewiesen. Hieran ist richtig, daß sich die Verfasser der meisten Lehrbücher 6) und Kommentare 7) ausdrücklich zum Analogieverbot bekennen. KAUFMANNs

1) vgl. oben S. 23 ff, 33 ff

2) vgl. ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.4 FuBn.18

3) vgl. MEZGER-BLEI, AT, S.29

4) Analogie, S.41

5) a.a.O., S.20/1

6) vgl. BAUMANN, AT, S.141 ff; GERLAND, Reichsstrafenrecht, S.68; v.LISZT-SCHMIDT, Lehrbuch, S.110; H.MAYER, AT, S.36 ff; M.E.MAYER, AT, S.27; MAURACH, AT, S.87; MEZGER-BLEI, AT, S.27 ff; WELZEL, Strafrecht, S.21

7) vgl. DALCKE-FUHRMANN-SCHAFER, § 2 Anm.1 b; FRANK, § 2 Anm.I 1; KÖHLRAUSCH-LANGE, § 2 Anm.I; JAGUSCH, LK § 2 Anm.1 b aa, LACKNER-MAASSEN, § 2 Anm.1 b, c; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.8 ff; SCHWARZ-DREHER, § 2 Anm.1 D b

Worte vom Analogieverbot, das sein Dasein fristet, deuten aber auch an, daß es sich seiner Meinung nach um ein kümmerliches Dasein handelt. Betrachtet man unter diesem Aspekt die h.L., muß ihm in diesem Punkt mit Vorbehalten zugestimmt werden. Durch mannigfaltige Widersprüche und Unstimmigkeiten in einem Teil des Schrifttums wird die grundsätzliche Anerkennung des Prinzips nämlich wieder gänzlich in Frage gestellt. Dem soll im folgenden nachgegangen werden.

II. Umgehung der praktischen Schwierigkeiten bei WELZEL

Bei der Erörterung des innertatbestandlichen Analogschlusses wurde auf die von WELZEL hierzu vertretene Auffassung hingewiesen ¹⁾. Im Rahmen der Gesetzesauslegung hält er die Analogie für zulässig ²⁾. Darüber hinaus anerkennt er das Verbot, mittels Analogie die Strafbarkeit zu erweitern ³⁾. Die von SAX vertretene Auffassung lehnt er ausdrücklich ab ⁴⁾. Das entspricht ganz der herrschenden Meinung ⁵⁾.

Dann aber führt er aus: Wegen der gebotenen objektiven Auslegung des Gesetzes sei auch eine über den Wortsinn hinausführende Auslegung zulässig, sofern dies den vernünftigen Sinn des Tatbestands zur Geltung bringe. Die deutsche Rechtsprechung sei oft zu engherzig und formal verfahren. Als Beispiel weist er auf die Entscheidungen des Reichsgerichts zum "Elektrizitätsdiebstahl" hin ⁶⁾. Also versucht WELZEL im Grunde mit genau den gleichen Argumenten wie SAX der Analogie praeter legem den Weg ins Strafrecht zu eröffnen. Wenn er die über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation für zulässig erklärt, um den vernünftigen Sinn des Tatbestands zur Geltung zu bringen, stimmt dies mit der These SAX' inhaltlich überein, daß eine teleologische Auslegung

1) vgl. oben S. 34 f

2) Strafrecht, S.21

3) a.a.O., S.20/1

4) a.a.O., S.21

5) vgl. die oben S.74 Fußn.1 zitierten Autoren

6) a.a.O., S.21

es verbiete, dem Wortsinn eine negative Begrenzungsfunktion zu-
zuerkennen ¹⁾.

Die Auffassungen WELZELS und SAX' weichen nur in der äußeren
Bezeichnung voneinander ab. In der Sache selbst stimmen sie
überein. SAX verneint das Analogieverbot, weil seiner Mei-
nung nach auch die über den Wortsinn hinausführende Analogie er-
laubt ist ²⁾; WELZEL bejaht das Analogieverbot, obwohl er
ebenfalls die über den Wortsinn hinausführende Analogie für zuläs-
sig hält ³⁾.

Völlig gleich grenzen beide Verfasser die ihrer Meinung nach zu-
lässige innergesetzliche Analogie gegen die freie Rechtsfindung
ab: Verbieten seien nur Entscheidungen, die nicht mehr von der
ratio legis getragen werden ⁴⁾.

WELZELS ausdrückliche Ablehnung der von SAX vorgeschlagenen Lö-
sung erscheint dieser offensichtlichen Übereinstimmung wegen
nicht ganz verständlich.

Warum er an der Bezeichnung Analogieverbot festhält, kann jedoch
erklärt werden. Das entspricht der schweizerischen Rechtslehre.
Dort wird - worauf oben schon hingewiesen wurde ⁵⁾ - wie in
Deutschland zwischen zulässiger Analogie intra legem und verbo-
tener rechtsergänzender Analogie unterschieden ⁶⁾. Dabei wird
jedoch nicht der Wortsinn, sondern die ratio legis als das ent-
scheidende Abgrenzungskriterium angesehen. Die Zulässigkeit der
über den Wortsinn hinausführenden Analogie ist allenthalben aner-
kannt ⁷⁾. Unter dem Analogieverbot wird das Verbot verstanden,
mittels Analogie Entscheidungen zu treffen, die nicht mehr den
Wertungen und Zwecken der Gesetze entsprechen ⁸⁾.

1) Analogieverbot, S.80

2) a.a.O., S.80

3) Strafrecht, S.21

4) vgl. einerseits SAX (Analogieverbot, S.148 ff) und
andererseits WELZEL, Strafrecht, S.21

5) vgl. oben S.32 f

6) vgl. statt vieler HAFTER, SchwZStr 62 (1947), 133 ff

7) z.B. GERMANN, SchwZStr 55 (1941), 154 f; JOST, SchwZStr 65
(1950), 362; a.A. nur GRABHERR, zulässige Interpretation
und verbotene Analogie nach schweiz. Strafgesetzbuch, Diss.
Freiburg/Schweiz, 1952

8) HAFTER, a.a.O., S.138; GERMANN, SchwZStr 62 (1946); 135

Wenn WELZEL in seinem Lehrbuch des deutschen Strafrechts vom Analogieverbot spricht, ihm aber eine Deutung gibt, wie sie nur in der schweizerischen Rechtslehre üblich ist, erschwert das zunächst das Verständnis seiner Ausführungen. Denn in Deutschland wird üblicherweise das über den Wortsinn hinausführende Verfahren als verbotene Analogie bezeichnet ¹⁾.

WELZEL wird wegen seines Bekenntnisses zum Analogieverbot z.B. von NAUCKE dahin verstanden, daß er den Wortsinn als Auslegungsgrenze anerkenne ²⁾. Es erscheint richtiger, wenn SAX für seine Lösung, die sich im Grunde als die Übertragung der in der Schweiz gewonnenen Diskussionsergebnisse auf das deutsche Recht darstellt ³⁾, die Bezeichnung Analogieverbot nicht übernimmt, sondern - der deutschen Terminologie angepaßt - das Analogieverbot verneint ⁴⁾.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten: WELZEL gibt dem Analogieverbot eine Deutung, wie sie in der Schweiz üblich ist und in Deutschland von den Gegnern des Verbots befürwortet wird. Auf ein Mißverständnis sei am Rande hingewiesen. ARTHUR KAUFMANN als Gegner des Analogieverbots übt Kritik an WELZEL. Er rechnet ihn zu den Befürwortern des Verbots und versucht nachzuweisen, daß WELZEL im Grunde mit dem Analogieverbot nicht "wirklich ernst" macht ⁵⁾. Das ist an sich richtig, nur führt ARTHUR KAUFMANN ⁶⁾ zum Beweis einen Satz WELZELS an, in dem dieser die Analogie im Rahmen der Gesetzesauslegung für zulässig erklärt ⁷⁾. Das ist neben dem generellen Bekenntnis zum Analogieverbot einer der wenigen Sätze, der dem Prinzip des Analogieverbots n i c h t widerspricht, weil hiermit nur die Analogie intra legem gemeint ist. ARTHUR KAUFMANN hätte zum Beweis seiner These auf einen Satz hinweisen müssen, in dem WELZEL die über den Wortsinn hinausführende Analogie für zulässig erklärt.

1) vgl. die oben S.74 Fußn.1 zitierten Autoren

2) Lehre vom strafbaren Betrug, S.194 mit Fußn.63

3) vgl. SAX, Analogieverbot, S.24

4) a.a.O., S.152

5) Analogie, S.4

6) a.a.O., S.4 Fußn.18

7) Strafrecht, S.21

Die inhaltliche Übereinstimmung mit der von den Gegnern des Analogieverbots vorgeschlagenen Lösung führt zu dem Schluß, daß WELZEL der gleichen Kritik unterliegt wie sie. Auf die Ausführungen hierzu könnte pauschal verwiesen werden, wenn nicht in der Argumentation WELZELS ein Gesichtspunkt enthalten wäre, der bisher noch nicht beachtet worden ist: Die objektive Auslegungsmethode. Auf sie stützt WELZEL seine Auffassung, daß dem Wortsinn keine negative Begrenzungsfunktion zukomme ¹⁾.

Dieser Gedanke birgt im Grunde zwei Fragen in sich: Ist die objektive Auslegungsmethode im Strafrecht erlaubt? Wenn ja, ist damit notwendigerweise eine über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation verbunden?

Die erste Frage zielt darauf, inwieweit die im Gesetz enthaltenen Wertungen in ihrer geschichtlich fixierten Form die Rechtsprechung binden ²⁾. Die absolut h.M. geht dahin, daß auch im Strafrecht der Gegenwartzweck der Norm - herausgelöst aus den Vorstellungen der am Gesetzeserlaß beteiligten Personen - vom Richter beachtet werden muß ³⁾.

Unter dem Blickwinkel des Verbots analoger Rechtsfindung praeter legem sind in jüngster Zeit jedoch Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Auslegungsmethode mit dem nullum-crimen-Grundsatz aufgetaucht ⁴⁾. Der Grund für diese Bedenken wird klar, wenn man betrachtet, welche Bedeutung der objektiven Auslegungstheorie von einem Teil der Rechtslehre beigemessen wird. "Das Gesetz verlangt keinen blinden Gehorsam ... und gestattet die angemessene Berücksichtigung neu auftauchender Interessenlagen in zweckgetreuer Gebotsfortbildung oder -berücksichtigung" sagt z.B. LEHMANN ⁵⁾.

1) Strafrecht, S.21

2) HELLER, Logik und Axiologie, S.104

3) vgl. BAUMANN, AT, S.136 f; ENGISCH, Einführung, S.89; JAGUSCH, LK § 2 Anm.I 3a; KOHLRAUSCH-LANGE, § 2 Anm. B III; MEZGER-BLEI, AT, S.26 f; MAURACH, AT, S.85, 87; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.34 a; a.A. nur H.MAYER, AT, S.36 f; NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.189; G.u.D.REINICKE, NJW 1951, 683

4) vgl. NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.200; SPIEB, DRiZ 1956, 168 ff

5) H.LEHMANN, AT des BGB, 12.Aufl., S.54

Die Überschreitung des Wortsinns scheint für die objektive Auslegungsmethode demnach selbstverständlich und Rechtsergänzung ihre notwendige Folge zu sein ¹⁾.

Am deutlichsten wird dies von ADOLF ARNDT ausgesprochen: Zu meinen, die sogenannte objektive Auslegung führe zu Entscheidungen, die bereits im Gesetz vorgezeichnet sind, sei "pseudojuristische Quacksalberei" und "Selbsttäuschung" ²⁾. Seiner Meinung nach ist objektive Auslegung verkappte richterliche Rechtsschöpfung ³⁾. Wenn SPIES aus dieser Sicht, um dem Analogieverbot nicht jede Bedeutung zu nehmen, eine feste Grenze für die objektive Methode fordert ⁴⁾, erscheint das verständlich. Daß er jedoch mühsam nach neuen Wegen sucht ⁵⁾, erweist sich - wie man sogleich sehen wird - nicht als notwendig.

Das Problem der objektiven Auslegungsmethode hat eine Parallele in dem schon abgehandelten Verhältnis von teleologischer Gesetzesinterpretation und Analogieverbot ⁶⁾.

Die Gegner des Analogieverbots - damit hat sich der 1. Teil dieser Arbeit beschäftigt - haben aus der Notwendigkeit, die Gesetze sinngemäß auszulegen, gefolgert, Analogie praeter legem müsse zulässig sein, weil eine teleologische Auslegung über den Wortsinn hinausführe ⁷⁾.

Das Gleiche wiederholt WELZEL in bezug auf die objektive Auslegungsmethode. Es sei geboten, den Gegenwartszweck der Gesetze gebührend zu beachten; die objektive Auslegungsmethode führe über den Wortsinn hinaus, also sei eine solche Gesetzesinterpretation zulässig.

Damit unterliegt WELZEL dem gleichen Fehlschluß wie SAX und

1) so HELLER, Logik und Axiologie, S.105

2) NJW 1963, 1279

3) a.a.O., 1279

4) DRiZ 1956, 169

5) a.a.O., S.170

6) Teleologische und objektive Auslegungsmethode sind keineswegs identisch. Eine sinngemäße (= teleologische) Auslegung kann sich nämlich sehr wohl der historischen Methode bedienen (teleologisch-historische Auslegung).

7) SAX, Analogieverbot, S.80; ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.4; vgl. hierzu oben S.21 ff

ARTHUR KAUFMANN. Sie meinen, ein Verbot analoger Rechtsfindung praeter legem führe zu einem Verbot jeder sinngemäßen Auslegung ¹⁾; WELZEL scheint der Meinung zu sein, das Verbot der über den Wortsinn hinausführenden Gesetzesinterpretation verhindere jede Auslegung nach der objektiven Methode.

An Hand eines Beispiels mag verdeutlicht werden, daß sich die objektive Auslegungsmethode innerhalb des Wortsinns ebenso entfalten kann, wie dies für die teleologische Gesetzesinterpretation schon nachgewiesen wurde.

Das Reichsgericht hatte zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. entschieden, die Vorführung eines Films stelle ein Ausstellen von Abbildungen dar ²⁾. Bei Erlaß des Strafgesetzbuches konnte der Gesetzgeber an diesen Fall nicht gedacht haben, weil es damals noch keine Filmapparate gab. Unter Abbildungen wurden daher ursprünglich nur stehende Bilder verstanden. Da ein Film nichts anderes als eine Reihe von Abbildungen ist, konnte das Vorführen eines unzüchtigen Films dennoch unter den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. subsumiert werden.

Dieser Fall zeigt, daß das Gesetz einer Entwicklung fähig ist ³⁾, auch wenn der Wortsinn stets die äußerste Grenze für die Auslegung bleibt ⁴⁾. Der juristische Aphorismus vom Gesetz, das oft klüger ist als sein Urheber, gilt trotz Analogieverbots auch für das Strafrecht. Der Bundesgerichtshof hat dies in folgende Worte gekleidet ⁵⁾:

"Das Gesetz ist nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten und ihnen sinnvoll angepaßt weitergehen will, solange das nicht die Form sprengt, in die es gegossen ist".

1) ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S.4

2) RGSt 39, 183 f; 47, 408 f; in der Neufassung des § 184 Abs.1 Nr.1 StGB ist im Gegensatz zu früher das "Vorführen" ausdrücklich erwähnt, um klarzustellen, daß die Darbietung von Filmen unter diese Vorschrift fällt; vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 184 Rdn.11

3) MAURACH, AT, S.87

4) JESCHECK, Studium generale 1959, 113/4

5) BGHSt 10, 157 (159)

Anderer Ansicht ist wie gesagt ADOLF ARNDT, der in der objektiven Auslegung richterliche Rechtsergänzung sieht ¹⁾. Gleichzeitig will er diese Rechtsschöpfung aber dahin begrenzen, daß "das Wort" des Gesetzes "nicht ganz sinnlos werden darf" ²⁾. Damit anerkennt er im Grunde, daß die objektive Methode sich innerhalb des Wortsinns halten kann, also Auslegung ist.

Wenn auch der sich weiter entwickelnde Sprachgebrauch die Interpretationsmöglichkeiten erweitert, zeigt die an den Wortsinn gebundene objektive Auslegung doch am deutlichsten einen wirklichen Mangel des Analogieverbots. Ob neue technische Entwicklungen in das vorhandene Strafschutzsystem eingegliedert werden können, erscheint fast zufällig.

Im Gegensatz zur Erfindung des Filmapparats (Vorführen eines unzüchtigen Films erfüllte schon den Tatbestand des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.) hat die Entwicklung der Flugindustrie z.B. in § 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB keine Berücksichtigung gefunden (Flugplatz kann nicht dem Begriff Bahnhof subsumiert werden) ³⁾.

Es mag aus diesem Grund verständlich erscheinen, wenn Kritik am Analogieverbot bei der objektiven Auslegungsmethode ansetzt. Gerade hier muß sich das Verbot um des Bestands des nullum-crimen-Grundsatzes willen bewähren. Es geht aber nicht an, unter dem Vorwand objektiver Auslegung der Rechtsnorm Entscheidungen abzuwingen, die nur mittels Analogie praeter legem getroffen werden können. Diese Art der objektiven Auslegung unterliegt der gleichen Kritik wie die Analogie, deren Rolle man sie in Wirklichkeit spielen läßt. WELZEL ist sich dieses "Etikettenschwindels" im Grunde gar nicht bewußt, denn einerseits bekennt er sich zum Analogieverbot, und andererseits lehnt er trotz inhaltlicher Übereinstimmung mit SAX dessen Lösung ausdrücklich ab; das deutet auf ein offensichtliches Mißverständnis hin. Nicht ganz zu Unrecht rechnet NAUCKE WELZEL zu den Gegnern des Analogieverbots ⁴⁾.

1) NJW 1963, 1279

2) a.a.O., S.1279

3) vgl. oben S.59 f

4) Lehre vom strafbaren Betrug, S.194 Fußn.66; damit widerspricht sich allerdings NAUCKE wiederum; denn zuvor (a.a.O., S.194 Fußn.63) hatte er WELZEL der h.M. zugerechnet, die den Wortsinn als Auslegungsgrenze anerkennt.

III. Fehlerhafte Handhabung des Verbots durch SPIEB

Neben WELZEL gibt es noch mehrere Autoren, die ihr generelles Bekenntnis zum Analogieverbot praktisch wieder zunichte machen. Zu ihnen gehört SPIEB ¹⁾. Es wurde oben bereits angedeutet, daß er sich in Hinblick auf das Analogieverbot um eine klare Abgrenzung der objektiven Auslegungsmethode bemüht.

Er sieht im Wortlaut grundsätzlich "ein Element formaler Auslegungsbegrenzung" ²⁾, führt dann jedoch aus: Der Wortsinn könne die Auslegung "praktisch wirksam nicht begrenzen" ³⁾. Die Gesetzesauslegung müsse daher gegen die freie Rechtsfindung auch durch den Sinn des Gesetzes abgegrenzt werden. Durch das Zusammenwirken beider Auslegungskriterien - Wortsinn und Sinn des Gesetzes - glaubt SPIEB eine doppelte Sicherung gegen die freie Rechtsfindung gefunden zu haben ⁴⁾. Das ist ein Fehlschluß.

Stellt die ratio legis die Auslegungsgrenze dar, bietet der Wortsinn keinen wirksamen Schutzwall mehr gegen freie Rechtsschöpfung. Der Richter kann vielmehr den gesetzlichen Tatbestand entsprechend dem als notwendig erkannten Maß auf einen von ihm fixierten Zweck des Gesetzes hin ausdehnen ⁵⁾. Es ist ein Zirkelschluß, wenn SPIEB die objektive Auslegungsmethode in Hinblick auf das Analogieverbot wirksam mit der teleologischen Gesetzesinterpretation begrenzen will. B e i d e Auslegungsmethoden müssen ihre Grenze im Wortsinn der Norm finden. Für die teleologische Gesetzesinterpretation ist das im 1. Teil dieser Arbeit festgestellt worden. Für die objektive Auslegungsmethode hat die Auseinandersetzung mit WELZEL zu diesem Ergebnis geführt.

1) DRiZ 1956, 168 ff

2) a.a.O., S.169

3) a.a.O., S.170

4) a.a.O., S.170

5) vgl. oben S.59 ff

IV. Die Auffassung MAURACHs

Neben WELZEL ist es vor allem MAURACH, der trotz grundsätzlicher Anerkennung des Analogieverbots von der h.M. erheblich abweicht.

In einer Urteilsanmerkung ¹⁾ führt er aus, Analogie sei nur unzulässig, wenn eine Lücke vom Gesetzgeber gewollt sei. Anderenfalls gebiete der Gegenwartzweck der Norm eine entsprechende Anwendung. Die teleologisch gebotene Interpretation halte sich stets innerhalb der zulässigen Grenzen analoger Rechtsanwendung.

Betrachtet man diese Ausführungen, muß man MAURACH zu den Gegnern des Analogieverbots rechnen, weil seine eben skizzierte Argumentation mit der von SAX inhaltlich übereinstimmt.

DANCKERT ²⁾ hat nun mit Recht darauf hingewiesen, daß sich MAURACH in seinem Lehrbuch gegen eine Gleichsetzung von teleologischer Auslegung und Analogie wendet. Wenn DANCKERT hierin anscheinend einen Widerspruch erblickt, ist dies indes nur halb richtig. Denn auch in seinem Lehrbuch hat MAURACH sich ausdrücklich für eine über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation ausgesprochen: "Trifft die ratio legis zu, so hat eine ihr etwas entgegenstehende Wortlautauslegung zu weichen" ³⁾. Insofern stimmt die Argumentation MAURACHs in der Urteilsanmerkung mit seinen Ausführungen im Lehrbuch überein.

Der von DANCKERT in einer Fußnote vage angedeutete Widerspruch in MAURACHs Ausführungen besteht daher nicht darin, daß MAURACH im Lehrbuch eine andere Auffassung zum Analogieproblem vertritt als in der Urteilsanmerkung.

Ein Widerspruch ist jedoch im Lehrbuch selbst vorhanden.

Einerseits erklärt MAURACH den nullum-crimen-Grundsatz wie folgt: "Keine Strafe ohne ausdrücklich-wörtlichen Befehl des Gesetzes" ⁴⁾.

1) JZ 1964, 529 ff

2) Analogie und Auslegung, S.183 Fußn.110

3) AT, S.87

4) a.a.O., S.80

Andererseits hält er eine über den Wortsinn hinausgehende Gesetzesinterpretation für zulässig ¹⁾. Er bekennt sich zum Analogieverbot und lehnt die Auffassung von SAX entschieden ab ²⁾. Gleichzeitig wird aber auch der Wortsinn als äußerste Grenze der Auslegung abgelehnt, um den Gegenwartssinn der Norm zur Geltung zu bringen ³⁾. Das ist genau das, was SAX fordert und ihn dazu veranlaßt, das Analogieverbot zu leugnen ⁴⁾. Wenn MAURACH den auf dem Flugplatz verübten Diebstahl entsprechend § 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB bestrafen will ⁵⁾, wird die Abweichung von der h.M. am praktischen Beispiel ganz deutlich. Insofern kann auf die Auseinandersetzung mit WELZEL verwiesen werden. Genau wie dieser gibt auch MAURACH dem Analogieverbot eine Deutung, wie sie in der schweizerischen Rechtslehre üblich ist. Da die Lehre von SAX zwar nicht in der äußeren Bezeichnung, wohl aber inhaltlich mit der schweizerischen Auffassung übereinstimmt ⁶⁾, hat die Lehre von SAX entgegen der ausdrücklichen Erklärung MAURACHs auch Eingang in seinen eigenen Lösungsvorschlag gefunden. MAURACH unterliegt daher der gleichen Kritik wie SAX.

V. Die Meinung JAGUSCHs

Neben WELZEL und MAURACH ist schließlich noch JAGUSCH zu nennen, der das Analogieverbot nicht im herkömmlichen Sinn versteht. Auch in seinen Ausführungen wird sehr deutlich, was in der Auseinandersetzung mit WELZEL als Etikettenschwindel bezeichnet wurde. JAGUSCH sagt, eine Buchstabenauslegung durch die Gerichte bedeute eine unvermeidliche Schwäche des Analogieverbots. Er weist auf die Fälle des "Elektrizitätsdiebstahls" hin und fährt fort: "Bei solcher Handhabung entstehen im Strafrecht vermeint-

1) a.a.O., S.87

2) a.a.O., S.87

3) a.a.O., S.87

4) vgl. oben S. 64

5) AT, S.87

6) vgl. oben S. 97

liche Lücken, die eine moderne Auslegung nicht kennt" ¹⁾. JAGUSCH sieht also durch moderne Auslegungsmethoden einen lückenlosen Rechtsschutz garantiert. Das gelingt aber nur mittels Analogie praeter legem, deren Rolle er die sogenannte moderne Auslegung spielen läßt. Wenn JAGUSCH das Analogieverbot von seiner vermeintlichen Schwäche eines nur fragmentarischen Rechtsschutzes befreien will, ist damit das Verbot analoger Rechtsfindung im ganzen hinfällig geworden. Daß mögliche Gesetzeslücken nicht vom Richter, sondern allein durch den Gesetzgeber geschlossen werden können, ist die kriminalpolitische Schattenseite des Analogieverbots, ohne die das Licht der Verfassung dem nullum-crimen-Grundsatz keinen Bestand geben kann.

VI. Das Verhältnis dieser Autoren zur herrschenden Meinung einerseits und zu SAX andererseits

Die ursprünglich gestellte Frage lautete: Wie setzen sich die Befürworter des Analogieverbots mit den bei der Durchführung dieses Prinzips auftauchenden praktischen Schwierigkeiten auseinander? Die Beantwortung dieser Frage ist noch völlig offen, weil die bisher betrachteten Autoren die erwarteten Schwierigkeiten gar nicht kennen. Die Auffassung JAGUSCHS ²⁾, MAURACHS ³⁾ und WELZELS ⁴⁾ stimmt mit der von den Gegnern des Analogieverbots vertretenen Meinung überein. Während SAX, HELLER und ARTHUR KAUFMANN sich aber bewußt von der h.M. lösen und das Analogieverbot verneinen ⁵⁾, weichen JAGUSCH, MAURACH und WELZEL ⁶⁾ offensichtlich unbewußt von ihr ab. Daß sie in Wirklichkeit so "revolutionäre" Thesen wie SAX gar nicht vertreten wollen, wird

1) LK, § 2 Anm.I 1 a; bezeichnenderweise zitiert SAX (Analogieverbot, S.90 FuBn.4) JAGUSCH für seine Auffassung

2) LK, § 2 Anm.I 1a

3) AT, S.87; JZ 1964, 529 ff

4) Strafrecht, S.21

5) SAX, Analogieverbot, S.152; HELLER, Logik und Axiologie, S.142; ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.5

6) MAURACH, AT, S.87; WELZEL, Strafrecht, S.21

durch die Tatsache hinreichend bewiesen, daß WELZEL und MAURACH die von SAX vorgeschlagene Lösung entschieden zurückweisen. Wenn nach dem Grund dafür gefragt wird, warum SAX anscheinend so oft mißverstanden wird, kann eine Erklärung vielleicht darin gefunden werden, daß er seine Gedankengänge nie an Beispielsfällen verdeutlicht. Dadurch mag der falsche Eindruck entstanden sein, als führe Analogie praeter legem stets zu gravierenden und augenfälligen Abweichungen von dem gesetzlich unmittelbar Angeordneten. Daß jeder über die Wortsinn hinausführende Analogischluß den Bereich der Auslegung bereits verlassen hat, wird dabei verkannt. Näher liegt allerdings eine andere Erklärung. Auch die Befürworter der h.M. sprechen vielfach dem bloßen Wortlaut eine entscheidende Bedeutung ab ¹⁾. Damit ist jedoch nur gemeint, daß neben der grammatischen auch die historische, teleologische und objektive Auslegungsmethode berücksichtigt werden muß. Wird dem Wortlaut aus diesem Gesichtspunkt keine entscheidende Bedeutung beigemessen, jedoch gleichzeitig dem Wortsinn unter dem Aspekt des nullum-crimen-Grundsatzes die entscheidende Abgrenzungsfunktion zuerkannt ²⁾, liegt hierin, wie oben dargelegt wurde ³⁾, kein Widerspruch. Damit ist nur die doppelte Funktion des Wortlauts angesprochen: Der Wortlaut einmal als Ausgangspunkt für jede Auslegung, zum anderen der weiteste Wortsinn als äußerste Grenze für das Maß teleologischer und objektiver Gesetzesinterpretation ⁴⁾. So kommt es, daß zwischen der h.M. einerseits und JAGUSCH, MAURACH und WELZEL andererseits neben dem generellen Bekenntnis zum Analogieverbot scheinbare Übereinstimmung in der Sache selbst besteht, wenn es heißt, dem bloßen Wortlaut komme keine entscheidende Bedeutung zu.

Da die Gegner des Analogieverbots der h.M. konträr gegenüberstehen, scheinen MAURACH, WELZEL und JAGUSCH wegen der scheinbaren Übereinstimmung mit der h.M. der Ansicht zu sein, ebenfalls durch eine tiefe gedankliche Kluft von den Gegnern des

1) SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung, S.48; SCHWARZ-DREHER, § 2 Anm.1 D b; STREE, JuS 1961, S.51

2) SCHWINGE, a.a.O., S.48; STREE, a.a.O., S.51

3)4) vgl. oben S.76

Verbots getrennt zu sein. Das ist jedoch, wie man sieht, nicht der Fall. Die praktischen Beispielsfälle ("Elektrizitätsdiebstahl", Diebstahl auf einem Flugplatz) haben vielmehr gezeigt, daß sich die genannten Autoren gerade umgekehrt trotz der Bezeichnung "Analogieverbot" und trotz manch Übereinstimmung in anderen Formulierungen von der h.M. unterscheiden; praktisch sind sie den Gegnern des Analogieverbots zuzurechnen.

Daher trifft für MAURACH, WELZEL und JAGUSCH jedenfalls zu, was MITTERMAIER pauschal für alle Befürworter des Analogieverbots sagt: Trotz Analogieverbots werde Analogie angewandt, es sei daher richtiger, offen zuzugeben, daß man auch Analogie anerkenne ¹⁾. Es liegt auf der Hand, daß dieses Mißverstehen die Quelle weiterer Mißverständnisse ist. Ein Beispiel hierfür soll angeführt werden.

HILDEBRANDT beschäftigt sich mit neuartigen Auslegungsfragen im Strafrecht. Dabei geht er auch auf das strafrechtliche Analogieproblem ein, schließt sich der h.M. an und gibt dem "Wortlaut ... eine begrenzende Rolle" ²⁾. Hierfür zitiert er BAUMANN.

Bei der Behandlung der objektiven Auslegungsmethode findet sich sodann der Satz: Erlaubt sei auch im Strafrecht eine ausdehnende Auslegung, die dem Wortsinn nicht mehr entspreche ³⁾. Hierfür wird WELZEL zitiert.

HILDEBRANDT ist sich gar nicht bewußt, wie widersprüchlich seine Aussagen sind. Das wird aber irgendwie verständlich, wenn man sich vor Augen hält, daß beide von ihm zitierten Autoren sich zum Analogieverbot bekennen und die Lehre von SAX gleichermaßen ablehnen. HILDEBRANDT hat im Grunde das Mißverständnis nur übernommen.

Dennoch besteht kein Grund, die Resignation EB.SCHMIDTs zu teilen, der meint, man wolle heute mit dem Satz 'nulla poena sine lege' gar nicht mehr Ernst machen ⁴⁾. Es ist nicht richtig, wenn

1) SchwZStr 63 (1948), 422

2) Neuartige Auslegungsfragen, S.66

3) a.a.O., S.66/7

4) Niederschriften, Bd.XII, S.89

die Auffassung SAX' als die heute herrschende Lehre bezeichnet wird ¹⁾. Der überwiegende Teil des Schrifttums hält am Wortsinn als äußerster Grenze der Auslegung fest ²⁾. Wenn NAUCKE meint, nach h.L. sei der Wortsinn für die Auslegung nicht bindend und hierfür MEZGER-BLEI, BAUMANN, JAGUSCH, SCHÖNKE-SCHRÖDER und SCHWINGE zitiert ³⁾, ist das falsch. Für MAURACH, WELZEL und JAGUSCH trifft die Feststellung zwar zu, nicht aber für die anderen Autoren. Am deutlichsten wird dies im MEZGER-BLEI, Allgemeiner Teil, wo auf den "Flugplatzdiebstahl" hingewiesen wird ⁴⁾. BLEI läßt keinen Zweifel daran, daß die Einbeziehung des Flugplatzes in den Tatbestand des § 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB verbotene Analogie darstellt ⁵⁾.

Das Mißverstehen der h.M. veranlaßt NAUCKE dazu, das Analogieverbot noch enger zu fassen, als es die überwiegende Lehre ohnehin tut. Seine Meinung soll der Vollständigkeit halber kurz skizziert werden.

VII. Das andere Extrem: Unzulässige Verschärfung des Analogieverbots bei NAUCKE

NAUCKE erkennt deutlich, daß mit Hilfe der objektiven Auslegungsmethode das Analogieverbot praktisch eliminiert werden kann ⁶⁾. Da er von der h.M. annimmt, sie weise dem Wortsinn keine negative Begrenzungsfunktion zu, prüft er den Wert des Wortsinns als wirksame Begrenzung der Auslegung nicht weiter, sondern sucht sofort nach einem anderen Abgrenzungskriterium.

1) so aber NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.200

2) vgl. die oben S.74 Fußn.1 zitierten Autoren

3) a.a.O., S.192 mit Fußn.47

4) MEZGER-BLEI, AT S.29

5) a.a.O., S.29

6) Lehre vom strafbaren Betrug, S.194

Er ¹⁾ findet es in Anlehnung an HELLMUTH MAYER ²⁾ in der Beschränkung auf "den historischen Willen des Gesetzgebers". Da der Wortsinn in Hinblick auf das Analogieverbot jedoch eine hinreichend sichere Begrenzung gegen die Ausuferung der objektiven Auslegungsmethode darstellt, ist der Ansicht NAUCKES und HELLMUTH MAYERS nicht zuzustimmen. Es kann insoweit auf die hierzu schon gemachten Ausführungen verwiesen werden ³⁾.

Erscheint NAUCKES Auffassung in sich durchaus folgerichtig, kann das von der HELLMUTH MAYERS nicht gesagt werden. Obwohl er sich mit Nachdruck gegen die objektive Auslegungsmethode im Strafrecht wendet und eindringlich davor warnt, "den Gesetzesinhalt ... dem zufälligen Wandel des Sprachgebrauchs preiszugeben" ⁴⁾, stimmt er der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu, wo es heißt, das Gesetz sei "nicht toter Buchstabe, sondern lebendig sich entwickelnder Geist, der mit den Lebensverhältnissen fortschreiten will, solange dies nicht die Form sprengt, in die er gegossen ist" ⁵⁾. In dieser Entscheidung bekennt sich der Bundesgerichtshof eindeutig zur objektiven Auslegung ⁶⁾.

Da HELLMUTH MAYER schließlich auch den "redlichen Wortlaut" als Auslegungsgrenze anerkennt ⁷⁾, ist er trotz seiner ausdrücklich bekundeten Gegnerschaft im Ergebnis wohl doch der h.M. zuzurechnen, soweit es das Analogieverbot betrifft.

Interessant ist im übrigen ein Vergleich der von NAUCKE zum Analogieproblem gemachten Ausführungen mit denen ARTHUR KAUFMANNs. Beide vertreten extrem verschiedene Ansichten. ARTHUR KAUFMANN lehnt das Verbot analoger Rechtsanwendung gänzlich ab ⁸⁾, NAUCKE bejaht es und legt die denkbar strengsten Maßstäbe an. Trotzdem gehen beide Autoren von der gleichen unrichtigen Prämisse aus.

1) a.a.O., S.189

2) AT, S.36; ebenso G.u.D.REINICKE, NJW 1951, 682

3) vgl. oben S.99 ff

4) AT, S.36

5) BGHSt 10, 159, zustimmend H.MAYER, AT, S.37

6) vgl. MAURACH, AT, S.85

7) a.a.O., S.37, so schon in SJZ 1947, Sp.18

8) Analogie, S.5

ARTHUR KAUFMANN stimmt mit NAUCKE dahin völlig überein, daß "die objektive Auslegung in Wirklichkeit gar nicht mehr Auslegung der Gesetze" sei, "vielmehr über die Gesetzesnorm" hinausgreife ¹⁾. Beide Autoren sind sich auch darin einig, daß ein Analogieverbot "nur durch Kommentierungsverbote" erreicht werden könne ²⁾. Es verwundert, daß beide Verfasser dennoch zu so unterschiedlichen Ergebnissen gelangen. ARTHUR KAUFMANN leugnet das Analogieverbot, um nicht auf jede sinngemäße Auslegung verzichten zu müssen ³⁾. NAUCKE nimmt "die Kommentierungsverbote" in Kauf, um nicht Analogie anwenden zu müssen.

Daß die Begrenzung der Auslegung durch den Wortsinn den Forderungen beider Autoren Rechnung trägt, wurde nicht gesehen.

VIII. Ergebnis und Ausblick

Im 1. Teil dieser Arbeit wurde die denkbar praktikabelste Lösung des Analogieproblems - nämlich der Verzicht auf das Analogieverbot - als mit Art. 103 II GG unvereinbar abgelehnt. Der 2. Teil dieser Arbeit hat sich zu Beginn mit der Ansicht namhafter Autoren befaßt, die sich zwar zum Analogieverbot bekennen, es aber nicht im herkömmlichen Sinn deuten.

Die von JAGUSCH, MAURACH und WELZEL vertretene Auffassung erscheint unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität äußerst brauchbar, weil sie im Grunde auf die Verneinung des Analogieverbots hinausläuft. Eben aus diesem Grund konnte ihr nicht zugestimmt werden.

Die Meinung NAUCKEs führt ebenfalls zu keinen großen Schwierigkeiten bei der Auslegung. Da die Gesetzesinterpretation seiner Meinung nach auf den historischen Willen des Gesetzgebers beschränkt ist, kann aus den Verhandlungsprotokollen, Begründungen und Motiven usw. die Entscheidung jeweils herausgelesen werden. Diese Auffassung zum Analogieverbot konnte jedoch ebenfalls nicht akzeptiert werden, weil der Gegenwartzweck der Gesetze sich

1) ARTHUR KAUFMANN, Festschr. f. E.Wolf, S.390

2) so ausdrücklich NAUCKE, a.a.O., S.189; ebenso ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3, 4

3) Analogie, S.5

innerhalb des Wortsinns entfalten kann und Beachtung verdient.

Das Problem, dem die vorliegende Arbeit im folgenden nachzugehen sucht, deutet sich damit an. Es bleibt zu prüfen, wie sich das Analogieverbot in der ihm hier in Übereinstimmung mit der h.M. gegebenen Deutung am praktischen Fall bewährt.

§ 2 Korrekte Durchführung des Verbots

I. Das Generelle Wissen um das Vorhandensein von de-facto-Analogie und die Unkenntnis über analoge Rechtsfindung in Einzelfällen

Die Frage der Analogie stellt sich bei unendlich vielen Fällen. Sie alle zu erfassen ist schlechthin unmöglich. Im Laufe der Zeit haben sich allein an die 20 Doktorarbeiten zu einem wesentlichen Teil zumindest mit eben dieser Unterscheidung von Analogie und Auslegung befaßt ¹⁾; den theoretischen Ausführungen wurde meist ein mehr oder weniger umfangreicher "praktischer Teil" angefügt.

1) DAHLEM, Analogie u. extensive Interpretation im Strafrecht, Diss. Köln 1929; DANCKERT, Die Grenze zwischen der extensiven Auslegung u. der Analogie im Strafrecht, Diss. Köln 1967; EICK, Die Analogie im Strafrecht, Diss. Gießen 1912; GLANDORF, Nulle poena sine lege, Diss. Tübingen 1934; GRABHERR, Zulässige Interpretation u. verbotene Analogie nach d. schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg/Schweiz 1952; GRITSCHNER, Die Bedeutung der entsprechenden Anwendung im Strafrecht, Diss. München 1937; HEINRICH, Der Grundgedanke des Strafgesetzes nach § 2 StGB n.F. Diss. München 1939; HEINZE, Das Verbot analoger Anwendung im Strafrecht, Diss. Breslau 1917; HOFFMANN, Die Analogie im Strafrecht, Diss. Marburg 1937; KORGEL, Der Unterschied zwischen Gesetzes- u. Rechtsanalogie im Strafrecht, Diss. Halle 1938; KRAMER, Die Analogie im Strafrecht nach bisherigem u. neuen Recht, Diss. Erlangen 1936; PAUL, Die Möglichkeit der Neubildung u. der Anwendung von Gewohnheitsrecht im Strafrecht, Diss. Jena 1939; REJEWSKI, Die Stellung des Strafrichters zur Schuldfrage unter dem Gesichtswinkel der Abgrenzung der ausdehnenden Auslegung zur Analogie, Diss. Berlin 1937; ROEDIGER, Analogie u. Analogieverbot im Strafrecht, Diss. Greifswald 1934; STEINLE, Die Bestrafung nach Analogie, Diss. Tübingen 1938; STERNAGEL-HAASE, Die Analogie im deutschen Strafrecht, Diss. Heidelberg 1936; VON WALLIS, Die Methoden der Auslegung strafrechtl. Normen, Diss. Köln 1935; WILKE, Die Bedeutung des § 2 StGB in Wissenschaft u. Rechtsprechung, Diss. Göttingen 1938

Man hat dabei auf zweierlei Art versucht, das Problem anzugehen.

Entweder wurde in einer Vielzahl von Fällen der Sachverhalt kurz skizziert und für jeden einzelnen Fall eine überaus knappe Stellungnahme beigelegt wie z.B.: Der Fall liegt hart an der Grenze der Analogie, ist aber immerhin noch ausdehnende Auslegung ¹⁾ - oder: Hier zeigt sich deutlich, daß die Entscheidung mittels strafbegründender Analogie getroffen wurde ²⁾.

Wie problematisch die diskutierten Entscheidungen trotz dieser selbstbewußten Aussagen dennoch blieben, zeigt ein Vergleich der verschiedenen Arbeiten untereinander. Was ein Autor ohne Bedenken zur Auslegung rechnet, wird von einem anderen mit der gleichen Selbstverständlichkeit als verbotene Analogie gewertet ³⁾. Sämtliche Autoren sind sich nur darin einig, daß unter dem Deckmantel der Auslegung immer wieder verbotene Analogie angewandt worden ist ⁴⁾; von EICK stammt die oft zitierte Bezeichnung "de-facto-Analogie" ⁵⁾. Völlige Uneinigkeit besteht aber darüber, in welchen konkreten Fällen de-facto-Analogie vorgekommen ist. Diese überaus große Unsicherheit in der Bewertung der Einzelfälle taucht die allgemeine Gewißheit von der Umgehung des Analogieverbots durch die Rechtsprechung in ein zweifelhaftes Licht, gibt es doch kaum eine Entscheidung, die nicht von irgend jemandem auch gebilligt wird.

Die Erkenntnis, daß eine endlose Aneinanderreihung vieler Einzelfälle mit nur behaupteten, nicht aber bewiesenen Lösungen am Ende jeder Fallbesprechung zu befriedigenden Ergebnissen nicht geführt hat und andererseits eine gründliche Auseinandersetzung mit allen problematischen Fällen wohl nicht zu bewältigen ist, hat einige Autoren dazu veranlaßt, ein oder zwei Fälle unter dem

1) vgl. z.B. STERNAGEL-HAASE, Analogie, S.24

2) so z.B. PAUL, Gewohnheitsrecht, S.63

3) z.B. zu RGSt 39, 138; 47, 408: PAUL (a.a.O., S.63): "Kann man ... nur als Analogie ansehen"; SCHWINGE (Teleolog. Begriffsbildung, S.49 Fußn.149): "Darin liegt eine glatte Überschreitung ... des möglichen Gesetzeswortlauts". STERNAGEL-HAASE (a.a.O., S.93/4): "... läßt sich ohne weiteres noch aus dem Wortlaut entnehmen".

4) vgl. statt aller STERNAGEL-HAASE, a.a.O., S.22; PAUL, a.a.O., S.63

5) Analogie, S.65

Aspekt des Analogieverbots in aller Gründlichkeit zu erörtern. So hat z.B. NAUCKE die Lehre vom strafbaren Betrug unter diesem Aspekt geprüft ¹⁾; GRUNWALD ²⁾ und ARMIN KAUFMANN ³⁾ haben die Strafbarkeit der unechten Unterlassungsdelikte aus diesem Blickwinkel untersucht. DANCKERT behandelt zum Schluß seiner Arbeit zwei Fragen: Die berichtigende Auslegung des § 246 StGB und das Problem der Rückkehrpflicht zum Unfallort ⁴⁾, § 142 StGB. Wenn er meint, mit diesen Fragen "charakteristische Problemkreise" überprüft zu haben ⁵⁾, schwingt hierin die Hoffnung mit, repräsentative Fälle erörtert zu haben, die in irgend einer Weise auf die Lösung der anderen strittigen Fälle ausstrahlen. Hat DANCKERT dies bezweckt, hat er sein gestecktes Ziel indes nicht erreicht. Jeder Fall bedarf - so banal dies auch klingt - seiner eigenen Lösung. Wenn festgestellt ist, daß für § 142 StGB eine Rückkehrpflicht zum Unfallort sich nicht aus dem Wortsinn des Gesetzes ergibt ⁶⁾, ist nichts für die Frage gewonnen, ob sich des Transportdiebstahls (§ 243 Abs. 1 Nr. 4 StGB) schuldig macht, wer einen Zuckersack auf einem LKW aufschlitzt und sich den herausfließenden Zucker aneignet ⁷⁾. Im Grunde ist die Arbeit DANCKERTs auch nicht so zu verstehen, daß er die praktische Seite des Analogieverbots untersuchen wollte. Sein Ziel war, ein theoretisches Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung von Analogie und Auslegung zu finden. Seine Arbeit schließt mit der Aufforderung, "der Wortlaut als Auslegungsgrenze" möge "Zugang zur Rechtsprechung und zum Schrifttum" finden ⁸⁾. Das hat er indes bereits; nur ist es an

1) Die Lehre vom strafbaren Betrug, S.182 ff

2) ZStW 70 (1958), 412 ff

3) Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S.280

4) Analogie, S.122 ff, 144 ff

5) a.a.O., S.2

6) so DANCKERT, a.a.O., S.161 f; ROTH-STIELOW, NJW 1963, 1188 ff; GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 3; a.A. die h.M., vgl. statt aller LANGE, JZ 1954, 329 und MEZGER-BLEI, BT, S.265/6 mit weiteren Nachweisen.

7) RGSt 54, 324 ff (Transportdiebstahl bejaht); STERNAGEL-HAASE (Analogie, S.29) und SCHWINGE (Teleolog.Begriffsbildung, S.48) sehen hierin verbotene Analogie.

8) Analogie und Auslegung, S.186 f

der Zeit, dieses theoretische Ergebnis an Hand praktischer Fälle zu überprüfen, um es endgültig zu sichern.

Allenthalben wird davon gesprochen, die Grenze zwischen Analogie und Auslegung sei in der Praxis fließend. Unterschiedlich sind die Ansichten aber insofern, als teils die Meinung vertreten wird, wegen der fließenden Übergänge sei eine Abgrenzung schwierig ¹⁾, während teils davon die Rede ist, eine genaue Abgrenzung sei gar unmöglich ²⁾. Diesem Problem versucht die Arbeit im folgenden nachzugehen.

Hätten die allgemeinen Vorbemerkungen nur bezweckt, die folgenden Ausführungen überhaupt zu rechtfertigen, wäre dieses Ziel wohl erreicht worden: Es sind genug Fragen offen, die einer Klärung noch bedürfen.

Es ist aber zugleich deutlich geworden, daß auf dem "üblichen Weg" eine befriedigende Lösung kaum gefunden werden kann. Werden möglichst viele Fälle behandelt, ist die Gefahr nicht zu umgehen, daß die persönliche Ansicht des Verfassers eine erschöpfende Erörterung ersetzt; werden nur wenige Fälle dargestellt, ist unvermeidbar, daß einmal nur solche Fälle ausgewählt werden, die überhaupt nach Ansicht des Verfassers einer Lösung zugeführt werden können, darüber hinaus ist für die praktische Durchführung des Analogieverbots an sich nichts ausgesagt, weil ein Einzelfall für die anderen nicht repräsentativ ist.

Der folgenden Untersuchung bleibt daher nur der Mittelweg. Die Anzahl der zu besprechenden Fälle muß so weit beschränkt werden, daß einerseits eine gründliche Auseinandersetzung mit jedem einzelnen noch gewährleistet ist; andererseits müssen die bei der Praktizierung des Analogieverbots auftretenden Schwierigkeiten möglichst vollständig aufgedeckt werden.

Dabei wird sich folgendes herausstellen: Weder ist die Meinung richtig, Analogie könne, wenn auch unter Schwierigkeiten, stets von der Auslegung unterschieden werden, noch haben diejenigen

1) BAUMANN, AT, S.141; ENGLISCH, Einführung, S.149; MEZGER-BLEI, AT, S.29; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.45

2) GERMAN, Methodische Grundfragen, S.121, 124; ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3, 5; SAX, Analogieverbot, S.152 f

recht, die meinen, Analogie und Auslegung ließen sich grundsätzlich nicht voneinander trennen.

Dieses Ergebnis ist der folgenden Untersuchung deswegen vorangestellt, weil die Reihenfolge der nunmehr zu erörternden Fälle anderenfalls vielleicht unsystematisch und zufällig erschiene. Tatsächlich sind die Entscheidungen danach ausgewählt, ob sie der Kategorie der unter dem Aspekt des Analogieverbots lösbaren und unlösbaren Fälle zugehören.

II. Erste Kategorie umstrittener Fälle:

Streit um theoretische Grundlagen

Wenn es im folgenden darum geht, Gerichtsentscheidungen und Entscheidungsvorschläge des Schrifttums auf ihre Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot hin zu überprüfen, erwartet man jeweils Streit um die äußerste Grenze des Wortsinns. Das trifft für eine Vielzahl von Fällen jedoch nicht zu, wofür es eine einfache Erklärung gibt.

Die meisten Autoren bekennen sich zum Analogieverbot; die Ansichten darüber, was man unter verbotener Analogie zu verstehen hat, gehen indes weit auseinander. Hält man sich dies vor Augen, wird verständlich, wieso ein Fall unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots diskutiert werden kann, obschon der Wortsinn des betreffenden Tatbestands außerhalb des Streits ist. In einem solchen Fall geht es dann um die grundsätzliche Frage, was überhaupt unter verbotener Analogie zu verstehen ist; am praktischen Fall spiegelt sich der Theorienstreit wider. Für die vorliegende Arbeit ist die Diskussion hierüber abgeschlossen, es wird der h.M. gefolgt. Für die Gruppe der eben skizzierten Fälle ist von dieser Warte aus die praktische Durchführung des Analogieverbots problemlos, weil für den Einzelfall jeweils nur zu prüfen ist, ob derjenige, der die Entscheidung getroffen hat, von einer theoretisch richtigen Grundlage ausgegangen ist. Bei der Erörterung dieser Fälle braucht man sich nur die im 1. Teil der vorliegenden Arbeit gesichteten Fehlerquellen in Erinnerung zu rufen: Verkenntung und Mißdeutung des Analogieverbots, Verwechslung inner- und außertatbestandlicher Analogie, mangelnde Trennung der historischen und objektiven

Auslegungsmethode usw. Eine Vielzahl analogieverdächtiger Fälle kann daher bereits durch Auswertung der im 1. Teil der Arbeit gewonnenen Ergebnisse gelöst werden. Wie sehr die Praxis - zu einem großen Teil jedenfalls - Spiegelbild des Theorienstreits ist, soll im folgenden gezeigt werden.

Das wohl bekannteste Beispiel dieser Kategorie ist der Fall des "Elektrizitätsdiebstahls". Den "immer wieder vorgerittenen Professorenschimmel" nennt H.MAYER ¹⁾ diesen Fall, hat ihn in der neuesten Auflage seines Lehrbuchs aber selbst wieder gesattelt und beweist damit die Notwendigkeit, ihn auch heute noch vorzuführen.

A. Der "Elektrizitätsdiebstahl"

Oben wurde bereits festgestellt, daß der Entzug elektrischer Energie nicht nach § 242 StGB bestraft werden kann, weil die Qualifizierung der Elektrizität als Sache verbotene Analogie darstellen würde ²⁾.

Hier interessiert jetzt, darum im Fall einer Bestrafung Analogie eindeutig nachgewiesen werden könnte. WELZEL z.B. ist anderer Ansicht. Er wirft dem Reichsgericht vor, allzu engherzig und formal verfahren zu sein ³⁾. Gleicher Ansicht ist JAGUSCH ⁴⁾. Eine dritte Auffassung vertritt ARTHUR KAUFMANN ⁵⁾. Er weist auf den Kommentar von SCHONKE-SCHRÖDER hin, wo sich ein Hinweis findet, daß der französische Kassationshof die Elektrizität als Sache behandelt und daher die Entziehung der Elektrizität als Diebstahl bestraft. Damit knüpft KAUFMANN an seine These von der praktischen Unmöglichkeit einer Trennung von Analogie und Auslegung an ⁶⁾. Die unterschiedlichen Auffassungen höchster Gerichte verschiedener Länder sollen diese These offenbar beweisen. ARTHUR

1) AT, S.38

2) vgl. oben S.62

3) Strafrecht, S.21

4) LK § 2 Anm. I 1 a

5) Analogie, S.21 Fußn.65

6) a.a.O., S.3

KAUFMANN hätte zur Bekräftigung seiner Auffassung gar nicht auf französische Gerichtsentscheidungen auszuweichen brauchen. Es gibt mehrere Entscheidungen des Preußischen Obertribunals ¹⁾, in denen ebenfalls res incorporales dem Sachbegriff subsumiert wurden. Ein Blick in die Urteilsbegründungen zeigt indes, warum heute im Gegensatz zu damals der Sachbegriff eindeutig auf körperliche Sachen beschränkt ist und die Einbeziehung von Elektrizität offenkundig nur mittels Analogie praeter legem möglich wäre. In den genannten Urteilen, die alle vor 1900 ergangen sind, wird nämlich auf das französische Recht (code civil) Bezug genommen, das nach Auffassung der Gerichte eine Beschränkung des Sachbegriffs auf körperliche Gegenstände nicht kennt ²⁾. Ob das richtig ist, kann dahinstehen. Jedenfalls steht für das deutsche Recht seit dem Inkrafttreten des BGB die Beschränkung des Sachbegriffs fest, § 90 BGB. Mit dem Hinweis auf das französische Recht kann daher die Richtigkeit der Reichsgerichtsentscheidungen zum "Elektrizitätsdiebstahl" nicht in Frage gestellt werden.

Daß die praktische Durchführung des Verbots in diesem Fall aus der Sicht der h.M. ohne Schwierigkeiten ist, war im Grunde von vornherein klar, weil der Theorienstreit über das Wesen des Analogieverbots zu einem großen Teil an eben diesem Fall ausgetragen wird, so daß man den soeben gemachten Ausführungen sogar vorhalten könnte, von der praktischen Seite her unnütz wiederholt zu haben, was im 1. Teil dieser Arbeit bereits erörtert worden ist. Dieser Vorwurf wäre indes ungerechtfertigt. Denn allein die Tatsache, daß sich das in theoretischer Erörterung geborene Analogieverbot in dem genannten Fall mühelos in die Praxis übertragen läßt, beweist gerade von praktischer Sicht aus die Unrichtigkeit der These von der "völligen Undurchführbarkeit" des Verbots ³⁾. Dieser Fall widerlegt die Behauptung ARTHUR KAUFMANNs, die theoretische Unterscheidung von Auslegung und Analogie sei nicht nur in einem Grenzbereich schwierig, sondern in

1) abgedruckt in GA Bd.4 (1856) 328 ff u. Bd.7 (1859), S.561 f

2) Preuß. Obertribunal GA Bd.4 (1856), 331

3) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3

der Praxis prinzipiell unmöglich ¹⁾). Auch HELLER rechnet diesen Fall zu Unrecht der Kategorie der unlösbaren Fälle zu, soweit es um die Feststellung von Analogie geht ²⁾.

Die der h.L. entgegengesetzte Meinung WELZELS und JAGUSCHs zu diesem Fall findet in ihrer abweichenden Auffassung zum Analogieverbot ihre Erklärung.

Im folgenden sollen nun nicht alle im 1. Teil dieser Arbeit erörterten Fälle unter dem Vorzeichen der praktischen Durchführbarkeit des Analogieverbots erneut Revue passieren. Obgleich mühe-los mit jedem weiteren Fall die These von der praktischen Undurchführbarkeit des Verbots mehr und mehr erschüttert werden könnte, bliebe doch eine häufig auftretende Schwierigkeit unerörtert. Bei den im 1. Teil angeführten Beispielsfällen ist nämlich bekannt, daß ihre Lösung von der grundsätzlichen Einstellung zum Analogieverbot überhaupt abhängt. Oft ist aber auf den ersten Blick nicht zu erkennen, daß ein Fall zu dieser Kategorie gehört. Die Schwierigkeit liegt dann darin, ihn in diese Kategorie einzuordnen. Auch das soll an Beispielen verdeutlicht werden, und zwar zuerst an Hand der unechten Unterlassungsdelikte.

B. Die unechten Unterlassungsdelikte

Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte wird unter dem Blickwinkel des Analogieverbots seit langem diskutiert. ARTHUR KAUFMANN führt das unechte Unterlassen ³⁾ als Beispiel dafür an, daß das nach h.M. bestehende Analogieverbot praktisch nicht durchgeführt wird ⁴⁾.

1) a.a.O., S.3

2) Logik und Axiologie, S.138 + Fußn.435

3) Das Unterlassen selbst ist bei den sog. unechten Unterlassungsdelikten so echt und unbestreitbar wie bei den Omissivdelikten. Jedoch sei im folgenden, um nicht langatmig stets von der Strafbarkeit des Unterlassens bei den sog. unechten Unterlassungsdelikten sprechen zu müssen, kurz vom unechten Unterlassen die Rede.

4) Analogie, S.20

Mit der Behauptung, die Strafbarkeit des unechten Unterlassens sei "Analogie in reinster Form" ¹⁾, verfängt sich KAUFMANN jedoch in seinen eigenen Thesen. Es mutet wirklich sehr widersprüchlich an, wenn einerseits behauptet wird, Analogie und Auslegung ließen sich praktisch nicht unterscheiden ²⁾ und andererseits mit der gleichen Entschiedenheit gesagt wird, hier sei eindeutig mittels Analogie entschieden worden. Beide Behauptungen schließen einander offensichtlich aus.

Von diesem Widerspruch soll indes einmal abgesehen werden; die These von der Nichtbeachtung des Analogieverbots bedarf der sachlichen Nachprüfung. Für seine Auffassung zitiert KAUFMANN ³⁾ HELLMUTH MAYER ⁴⁾ und GALLAS ⁵⁾. NAUCKE ⁶⁾, der im Ergebnis HELLMUTH MAYER zustimmt, hätte er ebenfalls nennen können. Daß die h.M. anderer Ansicht ist, braucht hier nicht näher dargelegt zu werden. Das wird allein durch die Tatsache bewiesen, daß einerseits die Gerichte strafen und andererseits das Schrifttum bemüht ist, die garantenpflichtbegründenden Umstände näher zu erforschen und dogmatisch zu untermauern.

Wenn es nun um die Beantwortung der von ARTHUR KAUFMANN aufgeworfenen Frage geht, steht man zunächst einer Vorfrage gegenüber. ARTHUR KAUFMANN, HELLMUTH MAYER und NAUCKE vertreten jeder eine andere Auffassung zum Analogieverbot ⁷⁾. Wenn sie im Fall des unechten Unterlassens darin übereinstimmen, das Analogieverbot sei nicht beachtet, ist zunächst unklar, warum dieser Vorwurf erhoben wird.

ARTHUR KAUFMANN begründet seine These mit dem sogenannten Gleichstellungsproblem. Das Unterlassen müsse, um strafbar zu sein, dem

1) a.a.O., S.20

2) Analogie, S.3

3) a.a.O., S.20

4) AT 1953, S.119

5) Niederschriften 2.Bd., S.279

6) Lehre vom strafbaren Betrug, S.211/2

7) vgl. oben S. 33 ff, 109 ff

in Betracht kommenden Begehungsdelikt im Unrechtsgehalt entsprechen, es müsse ihm also analog sein ¹⁾. KAUFMANNs These enthält aber nicht einmal die Behauptung, der Wortsinn der Begehungsdelikte decke die Bestrafung unechten Unterlassens nicht. Soweit mit dem Gleichstellungsproblem der analogische Charakter jeder Auslegungstätigkeit angesprochen ist, ist KAUFMANN zuzustimmen. Nur ist damit nichts über außertatbestandliche Analogie ausgesagt ²⁾.

Die Unbegründetheit seiner These wird durch den Hinweis auf ANDROULAKIS bestätigt. Dieser sei wie er der Meinung, die Strafbarkeit des unechten Unterlassens beruhe auf Analogie, führt ARTHUR KAUFMANN aus, und ANDROULAKIS habe dagegen nur deswegen nichts einzuwenden, weil er ersichtlich das Analogieverbot ablehne ³⁾.

ANDROULAKIS spricht nun des Gleichstellungsproblems wegen in der Tat von Analogie ⁴⁾; damit ist indes innertatbestandliche Analogie gemeint. ANDROULAKIS nennt sie innerbegriffliche Analogie ⁵⁾. Gegen die Strafbarkeit des unechten Unterlassens hat er somit nur deswegen nichts einzuwenden, weil er hierin keine verbotene Analogie praeter legem sieht. Wenn ARTHUR KAUFMANN seine Auffassung mit dem Hinweis auf ANDROULAKIS zu stützen sucht, offenbart sich hier erneut die mangelnde Unterscheidung von innertatbestandlicher Analogie und Analogie praeter legem.

Damit scheint festzustehen, daß das Problem des unechten Unterlassens in die Kategorie der oben genannten Fälle einzuordnen ist: Streit um theoretische Grundlagen. Dieser Schluß wäre indes voreilig.

Von HELLMUTH MAYER, den ARTHUR KAUFMANN für seine These zitiert, ist bekannt, daß er das Analogieverbot im Sinne der h.M. deutet ⁶⁾. Wenn dieser Autor Einwände gegen die Strafbarkeit des unechten Unterlassens erhebt, scheint der Streit auch auf die Fra-

1) Analogie, S.20

2) vgl. oben S.33 ff

3) in diesem Sinn a.a.O., S.42 u. Fußn.137

4) Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, S.173

5) a.a.O., S.173

6) vgl. oben S. 109 ff

ge konzentriert zu sein, ob der Wortsinn der einzelnen Tatbestände das unechte Unterlassen noch deckt.

Um ein vollständiges Bild über den Streitstand zu geben, soll die Diskussion nun nicht auf die Ausführungen der von ARTHUR KAUFMANN zitierten Autoren beschränkt bleiben, sie soll vielmehr auf die von anderen Verfassern hierzu gelieferten Beiträge erstreckt werden.

Dabei wird sich herausstellen - um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen -, daß von keinem Verfasser, der sich mit dem Verhältnis der unechten Unterlassungsdelikte zum nullum-crimen-Grundsatz befaßt hat, bestritten wird, daß nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unter Umständen auch die Nichtanwendung eines Erfolges als tatbestandliches Handeln zu verstehen ist. Zwar verneint ARMIN KAUFMANN einen einheitlichen Sprachgebrauch, nach dem j e d e s Unterlassen den Tatbestand eines Begehungsdeliktes erfüllt ¹⁾. Wenn er der h.M. jedoch vorhält, sie sehe durch jedwedes Unterlassen den in Betracht kommenden Tatbestand als erfüllt an und müsse mit Hilfe der Garantenstellung dann den zu weitgehenden Sprachgebrauch desavouieren, indem sie ihm nicht in allen Fällen folgt ²⁾, ist das eine Unterstellung. Die Strafbarkeit des unechten Unterlassens setzt wohl voraus, daß der Wortsinn das Unterlassen mit umfaßt. Jedoch hat die h.M. nie behauptet, jedes Unterlassen sei an sich tatbestandsmäßiges Handeln. Das ist es eben nur unter besonderen, den garantenpflichtbegründenden Umständen, und nur unter diesen Voraussetzungen kann nach dem allgemeinen Sprachgebrauch davon gesprochen werden, daß jemand durch Unterlassen einen anderen verletzt, tötet usw.. Mir seiner Bemerkung, es bestehe "jener einheitliche Sprachgebrauch nicht" ³⁾, wendet sich ARMIN KAUFMANN nur gegen die der h.M. fälschlicherweise unterstellte Auffassung, jedes Unterlassen werde vom Wortsinn der Straftatbestände umfaßt. Daß aber z.B. der Wortsinn des § 212 StGB den Fall der Mutter erfaßt, die ihr Kind verhungern läßt, wird auch von ARMIN KAUFMANN nicht bestritten.

Wenn nun der Wortsinn der Straftatbestände unter Umständen die Nichtabwendung eines Erfolges mit umfaßt, kann - sofern diese

1)2)3) Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S.281

Umstände gegeben sind ¹⁾ bei einer Bestrafung wegen Unterlassens schwerlich von einer Verletzung des Analogieverbots die Rede sein. Das wird von ARMIN KAUFMANN, obwohl er sich mit dem Wortsinn der Tatbestände befaßt, auch nicht behauptet; vielmehr ist hinsichtlich der Strafbarkeit global von einer Verletzung des nullum-crimen-Grundsatzes die Rede. An anderer Stelle differenziert er und macht damit deutlich, warum tatsächlich verfassungsrechtliche Bedenken bestehen. Zweifel bestehen an der Tatbestandsbestimmtheit ²⁾. Wenn auch vom Wortsinn der Straftatbestände das unechte Unterlassen unter Umständen erfaßt wird, sagt doch das Gesetz nichts darüber, unter welchen Umständen dies der Fall ist. Im Ergebnis ist daher GRUNWALD zuzustimmen, der klar hervorhebt, daß vom Wortsinn der Tatbestände her keine Bedenken gegen die Strafbarkeit des unechten Unterlassens bestehen und insofern eine Verletzung des Analogieverbots nicht gegeben ist. ³⁾ Zu Recht konzentriert GRUNWALD die verfassungsrechtlichen Bedenken auf die Frage der Tatbestandsbestimmtheit ⁴⁾.

Unzutreffend sind insofern die Ausführungen HELLMUTH MAYERS, auf die ARTHUR KAUFMANN sich beruft. Von der Strafbarkeit des unechten Unterlassens nimmt er an, sie sei im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG gesetzlich nicht hinreichend bestimmt und verstoße zudem gegen das Analogieverbot ⁵⁾.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Entweder ist das unechte Unterlassen vom Wortsinn der Tatbestände umfaßt, dann können aus den

1) Wenn nicht, taucht selbstverständlich die Frage des Analogieverbots auf, vgl. BOCKELMANN, Festschr. f. Eb.Schmidt, S.452 ff (455)

2) ARMIN KAUFMANN, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S.281; JuS 1961, S.176

3) ZStW 70 (1958), 417/8

4) Mehr als nur zweifelhaft erscheint, ob dieses Problem mit § 13 des Strafgesetz-Entwurfs 1962 aus der Welt geschafft wäre. § 13 E 1962 lautet:

Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden ... ist ... strafbar, wenn ..., und sein Verhalten den Umständen nach der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch ein Tun gleichwertig ist.

Mit einer solchen Regelung wären allenfalls die ohnehin unbegründeten Bedenken hinsichtlich einer Verletzung des Analogieverbots zerstreut. Unter welchen Umständen das Unterlassen dem aktiven Tun gleichzustellen ist, bliebe indes so ungewiß wie zuvor; a.A. anscheinend NOLL, JZ 1963, 298

5) AT 1953, S.119, ebenso AT 1967, S.80

oben genannten Gründen allenfalls Zweifel an der Tatbestandsbestimmtheit bestehen, oder der Wortsinn umfaßt nur das aktive Tun, dann verstieße die Strafbarkeit des unechten Unterlassens in der Tat gegen das Analogieverbot. Daß aber vom Wortsinn der Straftatbestände her unter Umständen auch das Nichtabwenden eines Erfolges als tatbestandliches Handeln zu verstehen ist, wird auch von H.MAYER nicht bestritten ¹⁾, und trotz seiner ausdrücklich bekundeten Gegnerschaft zur h.M. hat er auch gegen die Bestrafung des unechten Unterlassens im Grunde nichts einzuwenden ²⁾. ROXIN kennzeichnet die Auffassung H.MAYERS insofern zutreffend als der h.L. nur scheinbar entgegengesetzt ³⁾.

Damit steht fest, daß die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte sich in der Frage der Gesetzesbestimmtheit erschöpft. Unter dem Aspekt des Analogieverbots erscheinen die bisweilen geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken als unbegründet.

Zu Unrecht beruft sich ARTHUR KAUFMANN für seine These von der Nichtbeachtung des Analogieverbots auch auf GALLAS. Dieser meint, man habe große Schwierigkeiten, die Legalität der Strafbarkeit der Unterlassungsdelikte zu begründen; hierin liege ein erheblicher "Schönheitsfehler unseres Systems" ⁴⁾. Daß GALLAS eine Verletzung des Analogieverbots rügt, ergibt sich aus diesen Sätzen nicht. Er kann, was richtig wäre, auf die Problematik der Gesetzesbestimmtheit hingewiesen haben. Sollte es anders sein, wäre sein Vorwurf aus den oben dargelegten Gründen zurückzuweisen ⁵⁾.

Wenn nun die zu den unechten Unterlassungsdelikten gemachten Ausführungen gleichsam wieder eingefädelt werden in die grundsätzliche Erörterung über die praktische Durchführbarkeit des Analogieverbots, gilt es folgendes festzuhalten: Die Auffassung ARTHUR KAUFMANNs und HELLMUTH MAYERS ²⁾ vom Vorhandensein verbotener Analogie ⁷⁾ konnte deswegen widerlegt werden, weil wegen mangeln-

1)2) AT, S.78

3) Täterschaft und Tatherrschaft, S.459

4) Niederschriften Bd.2, S.279; ähnlich JESCHECK, ZStW 77 (1965), 128, der damit unmißverständlich die Tatbestandsbestimmtheit anspricht.

5) Unklar sind auch die Ausführungen von NOLL, JZ 1963, 298

6) damit auch NAUCKES, der sich der Meinung H.MAYERS in dieser Frage anschließt, Lehre vom strafbaren Betrug, S.211/2

7) ARTHUR KAUFMANN meint damit: Nach h.M. verbotene Analogie

der Trennung inner- und außertatbestandlicher Analogie einerseits und Gesetzesbestimmtheit und Verbot der Tatbestandserweiterung andererseits ein logischer Fehlschluß nachzuweisen war.

Schwierigkeiten bereitete es nur, aus den unterschiedlichen Auffassungen herauszukristallisieren, was der eigentliche Kern der gegen die Strafbarkeit des unechten Unterlassens vorgebrachten Kritik ist. Mit der Feststellung, daß der Streit nicht um die Grenze des Wortsinns geht, war die Durchführung des Verbots aus der Sicht der h.M. sodann mühelos, weil den Gegnern vorgehalten werden konnte, das Wesen des Analogieverbots in seiner theoretischen Grundlage nicht richtig gedeutet zu haben, womit ihre Beantwortung der konkreten Frage bereits im Ansatz falsch war.

C. Sachbeschädigung ohne Substanzverletzung

Ebenfalls mangels scharfer Trennung inner- und außertatbestandlicher Analogie war jahrelang umstritten, ob jede Sachbeschädigung (§ 303 StGB) eine Substanzverletzung voraussetzt ¹⁾.

Das Reichsgericht hatte zunächst ausgeführt, Gegenstand der Sachbeschädigung sei stets eine körperliche Sache, daher müsse unter Beschädigung immer eine Substanzverletzung verstanden werden ²⁾. Später wurde diese Auffassung aufgegeben; heute ist absolut h.M., daß Substanzverletzung für eine Sachbeschädigung nicht begriffsnotwendig ist ³⁾. Dieser Lehre ist zuzustimmen.

Die unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots durchschlagende Begründung hat das Reichsgericht in einem im 31. Band der amtlichen Sammlung veröffentlichten Urteil ⁴⁾ gegeben. Es heißt dort, § 263 StGB (... Vermögen ... beschädigt) beweise, daß eine Beschädigung sehr wohl auch ohne Substanzverletzung möglich sei, z.B. wenn jemand um seine Forderung betrogen werde.

1) vgl. den Überblick bei MEZGER-BLEI, BT, S.178f

2) RGSt 13, 27 ff

3) vgl. BGHSt 13, 207 ff; MEZGER-BLEI, BT, S.178 F und SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 303 Rdn.8 mit weiteren Nachweisen.

4) RGSt 31, 329

Das Reichsgericht hat somit, weil der Begriff der Beschädigung in § 303 StGB zweifelhaft erschien, die in § 263 StGB für den gleichen Begriff entwickelte und ohne Zweifel richtige Auslegung entsprechend angewandt. Das ist zulässige Analogie intra legem ¹⁾. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, der in § 263 StGB offensichtlich auch für nicht körperliche Vermögenswerte verwandte Begriff dürfe nicht mit dem in § 303 StGB ausschließlich auf körperliche Sachen zugeschnittenen Begriff der Beschädigung gleichgesetzt werden. Wäre die Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt - was einmal unterstellt werden soll -, handelte es sich um einen falschen innertatbestandlichen Analogschluß. Der Vorwurf, die h.M. beachte das Verbot außertatbestandlicher Analogie nicht ²⁾, ist jedenfalls unbegründet.

Eine andere Frage ist, ob nicht in Einzelfällen - z.B. Fliegenlassen eines Vogels - im Fall einer Bestrafung nach § 303 StGB der Rahmen der Auslegung gesprengt würde. Dann ist möglicherweise die äußerste Grenze des möglichen Wortsinns überschritten. Darüber soll jedoch erst später bei der Erörterung der 2. Kategorie von Fällen, nämlich bei den vom Wortsinn der umstrittenen Entscheidungen, die Rede sein ³⁾.

Im folgenden sollen noch weitere Fälle der 1. Kategorie besprochen werden.

D. Die Richterbestechung

Unter den auf Grund des Analogieverbots heftig umstrittenen Fällen nimmt die Richterbestechung (§ 334 StGB) wegen großer methodischer Schwierigkeiten einen besonderen Platz ein.

In § 334 StGB ist die aktive und passive Bestechung von Richtern, Schiedsrichtern, Beisitzern einer Arbeitsgerichtsbehörde, Geschworenen oder Schöffen unter Strafe gestellt. Beisitzer der

1) vgl. oben S.12 ff, 20 ff

2) so STERNAGEL-HAASE, Analogie, S.43

3) vgl. unten S.140 ff

Sozialgerichte, ehrenamtliche Verwaltungsrichter, die landwirtschaftlichen Beisitzer der Bauerngerichte u.a. werden nicht genannt. Ob diese Personen gleichwohl Täter und Objekt der Richterbestechung sein können, ist heftig umstritten. MAURACH ¹⁾, DREHER ²⁾, WERNER ³⁾, WELZEL ⁴⁾ und das OLG München ⁵⁾ verneinen die Frage mit der Begründung, daß "eine Ausdehnung der Strafbarkeit ... auf die im Gesetz nicht angeführten Laienrichter ... nur im Wege der Analogie möglich" ⁶⁾ wäre.

BLEI ⁷⁾, SCHAFER ⁸⁾ und SCHRÖDER ⁹⁾ sind anderer Auffassung. Sie rechnen zum Tatbestand auch die in § 334 StGB nicht besonders genannten ehrenamtlichen Richter. Dieser Meinung wird man - um das Ergebnis wieder vorwegzunehmen - zustimmen müssen. Um die eigene Meinung darzulegen, erscheint es zweckmäßig, die vom OLG München gegebene Begründung auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen, weil sich an diesem Urteil die Fehlerhaftigkeit der Argumentation besonders deutlich zeigt. Es heißt dort, für eine Einbeziehung der nicht besonders genannten ehrenamtlichen Richter in den Tatbestand des § 334 StGB sei kein Raum; denn die Auslegung setze eine ihrem Wortlaut nach nicht eindeutige Strafvorschrift voraus, nur dann sei die Ermittlung von Sinn, Zweck und Tragweite des Gesetzes erlaubt und geboten. Diese Voraussetzungen seien hier nicht erfüllt, da Wortlaut und Sinn der Vorschrift des § 334 StGB eindeutig ergäben, welche Laienrichter neben dem beamteten Richter unter die Vorschrift fallen ¹⁰⁾.

Diese Entscheidung vermag nicht zu überzeugen. Zunächst ist die Behauptung falsch, der Sinn der Vorschrift spreche eindeutig gegen die Einbeziehung aller in § 334 StGB nicht besonders genannten Laienrichter. Der Gesetzgeber hat offensichtlich alle bei Erlaß des Strafgesetzbuchs bekannten Träger rechtsprechender Ge-

1) BT, S.711

2) SCHWARZ-DREHER, § 334, Anm.2, Anm.2 A

3) LK § 334, Anm.II

4) Strafrecht, S.519/20

5) OLG München NJW 1965, 545 f

6) OLG München, a.a.O., S.546

7) MEZGER-BLEI, BT, S.337

8) DALCKE-FUHRMANN-SCHAFFER, § 334

9) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 334, Rdn.5

10) OLG München, NJW 1965, 546

walt erfassen wollen ¹⁾. Die ratio legis gebietet daher die Einbeziehung auch der nicht besonders genannten Laienrichter in den Tatbestand des § 334 StGB ²⁾. Eine teleologische Gesetzesinterpretation widerspricht somit der Entscheidung des OLG München. Davon ist das Gericht im Widerspruch zu den eben zitierten Ausführungen wohl im übrigen selbst ausgegangen, denn es versagt sich wenig später ausdrücklich eine Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes ³⁾. Damit ist im Grunde angedeutet, daß eine solchermaßen vorgenommene Auslegung zu einem anderen als dem tatsächlich befürworteten Ergebnis geführt hätte.

Wenn in dem genannten Urteil trotzdem vom eindeutigen Sinn des § 334 StGB die Rede ist ⁴⁾, der eine andere als die getroffene Entscheidung verbiete, liegt hierin doch ein richtiger Gedanke. Dem Gesetzgeber waren ehrenamtliche Verwaltungsrichter unbekannt. Die erst nach Einführung des Strafgesetzbuchs entstandenen ehrenamtlichen Richterämter hat er bei Schaffung des § 334 StGB nicht im Auge gehabt, sie wurden mit der Bezeichnung "Richter" nicht gemeint. Der historisch verstandene Wortsinn ist in der Tat eindeutig, und eine gemäß der historischen Auslegungsmethode vollzogene Interpretation stimmt mit der Auffassung des OLG München überein.

Unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots kommt es nun entscheidend darauf an, ob die nach der ratio legis gebotene und über den historisch verstandenen Wortsinn hinausgehende Interpretation sich im Rahmen des möglichen Wortsinns hält. Diese Frage hat das OLG München nicht gestellt, weil es sich zu Unrecht an die Eindeutigkeit des historischen Wortsinns gebunden glaubte. Unter dem Begriff des Richters können aber grundsätzlich auch Laienrichter verstanden werden. Das ist unbestritten. Fraglich ist nur, ob die Bezeichnung Richter auch in § 334 StGB als Oberbegriff gedeutet werden darf. Wenn das OLG und ein Teil des Schrifttums aus der Gegenüberstellung von Richtern einerseits und Schöffen, Geschworenen usw. andererseits folgern, unter Richtern im Sinne des § 334 StGB könnten nur Berufsrichter verstanden werden, wird der vom Wortsinn des Richterbegriffs umfaßte Bereich eingeschränkt

1)2) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.337

3)4) a.a.O., S.546

auf den vom Gesetzgeber ursprünglich zweifellos gemeinten Kern des Berufsrichtertums. Mit anderen Worten: Der mögliche Wortsinn wird durch eine historische Interpretation eingeengt.

Mit der Feststellung, daß der mögliche Wortsinn des Richterbegriffs auch ehrenamtliche Richter umfaßt, steht anscheinend nach objektiver Auslegung bereits fest, daß auch ehrenamtliche Beisitzer der Sozialgerichte, die ehrenamtlichen Verwaltungsrichter und die landwirtschaftlichen Beisitzer der Bauerngerichte Täter und Objekt der Richterbestechung sein können. Dennoch - das muß man offen zugestehen - können Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses kaum unterdrückt werden. Zu deutlich kann man aus der Vorschrift des § 334 StGB herauslesen, daß ursprünglich mit dem Begriff Richter eindeutig nur Berufsrichter gemeint waren. Mehr noch: Aus der Gegenüberstellung von Richtern und Laienrichtern folgt nicht nur aus historischen Erwägungen sondern auch aus Gründen der Logik, daß mit dem Begriff des Richters nur das Berufsrichtertum angesprochen ist; denn die Begriffe (Richter, Schiedsrichter usw.) sind nebeneinandergestellt; der Begriff des Richters ist ersichtlich nicht als Oberbegriff gemeint, dem die nachfolgenden nur als Beispielsfälle untergeordnet sind ¹⁾. Das innere Gefüge des Tatbestands wird durch diese Gegenüberstellung also gleichsam wie durch eine vom historischen Willen des Gesetzgebers gespannte Klammer logisch zusammengehalten.

Durch eine teleologische, an der äußersten Grenze des Wortsinns orientierte Gesetzesinterpretation im oben dargelegten Sinn wird diese Klammer gelöst, das innere Gefüge des Tatbestands fällt auseinander und erhält durch die vom möglichen Wortsinn begrenzte objektive Auslegung neue Konturen und eine andere innere Struktur: Die Bezeichnung Richter ist dann als Oberbegriff zu verstehen; die Aufzählung der Schöffen hat beispielhafte Bedeutung. Unter Wahrung des durch den möglichen Wortsinn gezogenen äußeren Rahmens (Begriff des Richters) ist der innere, durch den historischen Willen des Gesetzgebers bestimmte Gehalt des Tatbestands gegen einen neuen, den Gegenwartsaufgaben der Norm gewachsenen, ausgewechselt worden.

Hält man sich dies vor Augen, erscheint es immerhin verständlich,

1) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.336/7

wenn ein Teil der Rechtslehre glaubt, in diesem Fall ausnahmsweise an der historischen Auslegung festhalten zu müssen. In der Regel nämlich vervollständigt die objektive Auslegung - im Rahmen des möglichen Wortsinns - das vom historischen Gesetzgeber geprägte Bild ¹⁾. Im Fall des § 334 StGB jedoch wird durch die objektive Auslegung eine grundlegende innere Strukturwandlung des Tatbestands vollzogen. Wenn aber eine solche Gesetzesinterpretation sich ohne Überschreitung des vom Wortsinn gezogenen äußersten Rahmens vollzieht, kann von einer Verletzung des Analogieverbots nicht gesprochen werden. Wird der mögliche Wortsinn als Abgrenzungskriterium zwischen Auslegung und verbotener Analogie anerkannt, kann keine sich innerhalb dieses Rahmens vollziehende Gesetzesinterpretation mit dem Analogieverbot in Konflikt geraten, weil nicht die gesetzliche Form gesprengt wird, in die das Gesetz gegossen ist.

Der hier besprochene Anwendungsfall des § 334 StGB gehört somit zu der Kategorie der vom möglichen Wortsinn her nicht umstrittenen Fälle. Wenn die Gegner der hier vertretenen Meinung mit dem Wortsinn argumentieren, ist damit der enge historisch zu deutende Wortsinn gemeint; der Richterbegriff wird stets wegen der Gegenüberstellung mit den Laienrichtern einschränkend interpretiert. Daß der Richterbegriff grundsätzlich aber auch Laienrichter mit umfaßt, wird von niemandem angezweifelt.

Die Schwierigkeit in diesem Fall besteht also offensichtlich darin, das Problem auf methodisch richtigem Weg einer Lösung zuzuführen. Werden die die Auslegung bestimmenden Komponenten: Wortsinn, Teleologie, grammatische, objektive und historische Methode jedoch scharf voneinander getrennt und die Reichweite einer jeden gesondert bestimmt, läßt sich mit einiger Sicherheit sagen, daß das Analogieverbot der hier zu § 334 StGB vertretenen Auffassung nicht entgegensteht.

E. Der Begriff des Sprengstoffs

Als nächstes soll eine ältere Reichsgerichtsentscheidung ²⁾ auf

1) vgl. oben S.101 den vom RG (Bd.39, 183; 47, 408 ff) entschiedenen Fall

2) RGSt 48, 72 ff

ihre Vereinbarkeit mit dem Analogieverbot hin überprüft werden ¹⁾.

Bei dem Streit um diese Entscheidung erweist sich nun das Verhältnis von Analogieverbot und der an der gesetzlichen Systematik orientierten Auslegung als Fehlerquelle. Der Entscheidung lag im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte stellte Knallkorken her, die nach Südamerika verkauft werden sollten, um dort Hunde zu verscheuchen. Der Inhalt einer mit Knallkorken gefüllten Kiste explodierte. Das Reichsgericht verurteilte den Angeklagten nach § 1 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen. Die Entscheidung ist auf Ablehnung gestoßen. STERNAGEL-HAASE meint, die Ausdehnung des Begriffs "Sprengstoff" auf Knallkorken sei nicht gerechtfertigt, das Verbot tatbestandserweiternder Analogie sei nicht beachtet worden ²⁾.

Es mag im Ergebnis richtig sein, den Gebrauch von Knallkorken nicht unter § 1 des genannten Gesetzes zu subsumieren, weil in der Überschrift des Gesetzes "verbrecherischer und gemeingefährlicher Gebrauch von Sprengstoffen" deutlich zum Ausdruck kommt, daß harmloses Spielzeug und dergleichen vom Gesetz nicht gemeint ist. Das ändert aber nichts daran, daß Knallkorken gleichwohl aus Sprengstoff hergestellt sind; denn hierunter fällt jeder Stoff, der geeignet ist, sich bei Entzündung gewaltsam und plötzlich auszudehnen.

1) Angesichts der Tatsache, daß es hierbei um ein Problem zu § 1 des Gesetzes gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen v. 9. Juni 1884 (RGBl. S.61) geht, soll noch einmal erklärt werden, warum die gewählten Beispielsfälle ohne Bezug auf die Systematik des Strafgesetzbuchs und scheinbar zusammenhanglos aneinander gereiht werden. Die Zusammenstellung sämtlicher Beispielsfälle findet ihre Rechtfertigung in der hier gebildeten 1. Kategorie von Fällen, die wegen des Analogieverbots zwar Gegenstand des Streits sind, bei denen jedoch die äußerste Grenze des Wortsinns außerhalb der Diskussion steht. Die gewählten Beispiele sollen nun ein möglichst vollständiges Bild darüber geben, wo überall bei der praktischen Durchführung des Analogieverbots Schwierigkeiten auftauchen, die Ursache dafür sind, daß vielfach das eigentliche Problem des Wortsinns nicht erreicht wird, sondern die Erörterung bereits vorher an grundsätzlich-theoretischen Fragen scheitert.

2) Analogie, S.30

Wenn Knallkorken nur sehr geringe Mengen Sprengstoff enthalten, dessen Wirkung harmlos ist, gebietet es allenfalls die ratio legis, sie der Norm nicht zu subsumieren. Es handelt sich dann um eine einschränkende Auslegung gegenüber der äußersten Grenze des Wortsinns. Aus der Überschrift des Gesetzes kann man nicht etwa folgern, § 1 sei dahin eingeschränkt, daß im Wortlaut des betreffenden Tatbestands nur von solchen Sprengkörpern die Rede ist, die eine in der Überschrift zum Ausdruck gebrachte Wirkung hervorrufen können. Eine solche Auslegung gebietet eben nur die in der Gesetzesüberschrift manifestierte gesetzgeberische Idee vom Kampf gegen den Gebrauch gefährlicher Sprengkörper. Der Wortlaut / Tatbestand des § 1 - also das gesetzlich Bestimmte - geht weiter. Die Gesetzesüberschrift ist daher nur Fixpunkt einer einschränkenden Auslegung.

Dieser Fall ist nicht anders zu entscheiden als die Streitfrage zu § 221 StGB, ob die Aussetzung das Leben des Ausgesetzten gefährden muß oder ob etwa schon eine Gefährdung der Gesundheit schlechthin ausreicht ¹⁾. Der Wortlaut / Tatbestand des § 221 StGB enthält die Einschränkung auf die Lebensgefährdung nicht. Wohl aber heißt es in der Überschrift des 16. Titels: "Verbrechen und Vergehen wider das Leben." Diese Überschrift schränkt den Tatbestand des § 221 StGB nicht ein. Sie gebietet aber aus Gründen der gesetzlichen Systematik eine einschränkende Auslegung des § 221 StGB gegenüber der äußersten Grenze des Wortsinns ²⁾. Eine Bestrafung nach § 221 StGB bei nur gefährdeter Gesundheit oder eine Bestrafung nach § 1 des Sprengstoffgesetzes im oben genannten Fall ist wohl abzulehnen, von einem Verstoß gegen das Analogieverbot kann jedoch nicht gesprochen werden.

1) vgl. einerseits MEZGER-BLEI (BT, S.52); MAURACH (BT, 46); SCHÖNKE-SCHRÖDER (§ 221 Rdn.8) und WELZEL (Strafrecht, S.284); SCHWARZ-DREHER (§ 221 Anm.5), RGSt 5, 393 f, BGHSt 4, 113 ff andererseits.

2) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.52; MAURACH, BT, S.46

F. Der Begriff des bespannten Fuhrwerks

Keine Schwierigkeiten bereitet die im 10. Band der amtlichen Sammlung veröffentlichte Entscheidung des Bundesgerichtshofs ¹⁾. Das Gericht hatte die Frage zu beantworten, ob ein Kraftfahrzeug unter den Begriff eines bespannten Fuhrwerks im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 6 Pr. Ges. betr. den Forstdiebstahl gerechnet werden kann. Die Entscheidung lautete, ein Kraftfahrzeug falle zwar dem bloßen Wortlaut nach nicht unter die Vorschrift, wohl aber ihrem Sinn nach, daher könne ein Kraftwagen dem Begriff des bespannten Fuhrwerks subsumiert werden.

Der Bundesgerichtshof selbst ist in dieser Entscheidung also davon ausgegangen, die Grenzen des Wortsinns überschritten zu haben. Diese Erkenntnis ist richtig ²⁾, denn mit dem Begriff des bespannten Fuhrwerks ist das Bild eines von Tieren gezogenen Wagens verbunden. Die Entwicklung des Kraftverkehrs hat neue, eigene Begriffe geprägt: Automobil, Lastkraftwagen usw.. Auch wenn die Motorkraft in Pferdestärken gemessen wird und insoweit noch eine letzte Gedankenverbindung mit dem Fuhrwesen alter Zeit besteht, kann nicht von einem Automobil als von einem bespannten Fuhrwerk gesprochen werden. Der Motor leistet soundso viel PS; der Kraftwagen ist jedoch nicht mit dieser Anzahl von Pferden bespannt.

Wenn der Bundesgerichtshof bewußt die Grenze des Wortsinns überschreitet und dennoch von der Einhaltung des Analogieverbots überzeugt ist, ist Wesen und Inhalt des Verbots in dieser Entscheidung verkannt ³⁾. Die folgerichtige Durchführung des falsch gedeuteten Verbots besagt aber nichts gegen die Praktikabilität des richtig verstandenen Analogieverbots. Von der Sicht der h.M. ist die Lösung dieses Falles unter dem Aspekt des Verbots außer-tatbestandlicher Analogie einfach: Ein Kraftfahrzeug darf und

1) BGHSt 10, 375 f

2) GRUNWALD, ZStW 76 (1964), 3; MEZGER-BLEI (AT, S.29) nennen die Entscheidung "außerordentlich bedenklich".

3) WELZEL (Strafrecht, S.21) begrüßt diese Entscheidung, was seine Erklärung ebenfalls in seiner von der h.M. abweichenden Deutung des Analogieverbots hat, vgl. oben S. 96 ff

kann dem Begriff des bespannten Fuhrwerks nicht untergeordnet werden. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs beruht auf verbotener Analogie.

G. Der strafrechtliche Gewaltbegriff

Als vorerst letztes Beispiel für die Kategorie der vom Wortsinn her eindeutigen, unter dem Aspekt des Analogieverbots dennoch umstrittenen Fälle, soll im folgenden der strafrechtliche Gewaltbegriff (beschränkt auf: Gewalt gegen Personen) einer kritischen Stellungnahme unterzogen werden. Dabei soll nicht die gesamte Entwicklung dieses Begriffs nachgezeichnet werden. Daß die Bedeutung der Gewalt sich nicht in der mechanischen Überwältigung der Körperkraft erschöpft, ist heute unbestritten ¹⁾. Hieran soll nicht gezweifelt werden.

Der Blick ist vielmehr auf den letzten Stand der Entwicklung zu richten, wo ein Teil des Schrifttums darangeht, aus der Definition des Gewaltbegriffs das letzte Merkmal zu streichen, das von der h.M. als das einzige zur Konstituierung des Gewaltbegriffs brauchbare Kriterium angesehen wird: Die Einwirkung auf den Körper eines anderen ²⁾.

Gegen dieses Erfordernis der körperlichen Einwirkung wendet sich KNODEL mit folgender Begründung: Die h.M. halte "unbesehen" ³⁾ an diesem Dogma fest, was die Ursache dafür sei, daß bisher noch keine befriedigende Definition der Gewalt existiere ⁴⁾. Unter einer befriedigenden Definition versteht KNODEL eine solche, die geeignet ist, alle wirklich "strafwürdigen Fälle zur Aburteilung gelangen" zu lassen ⁵⁾. Nach Sinn und Zweck der Delikte sei es geboten, Gewalt auch ohne Einwirkung auf den Körper eines ande-

1) vgl. statt aller MEZGER-BLEI, BT, S.56

2) so BLEI, NJW 1954, 586

3) Gewalt, S.39

4) a.a.O., S.39

5) a.a.O., S.49, 67

ren anzunehmen, damit ein lückenloser Strafschutz gewährleistet sei. Mithin sei Gewalt jede Machtausübung, die nicht Drohung oder List ist.

KNODELs Gedankengang ist damit schlagwortartig umrissen. Um nicht in gleicher Weise Kritik üben zu müssen, soll die Auseinandersetzung mit KNODEL auf einen von ihm angeführten konkreten Fall konzentriert werden, durch den die Erörterung festen Boden unter die Füße bekommt.

B ersucht den A, nicht Tennis zu spielen. A lehnt ab. Daraufhin gräbt B den Tennisplatz um, auf dem A spielen wollte ¹⁾.

Die Frage lautet, ob B gegen A Gewalt angewandt hat.

Nach h.M. genügt Gewalt gegen Sachen, wenn sie mittelbar auf den Körper eines anderen wirkt ²⁾. Die Beantwortung der Frage hängt nach h.M. somit davon ab, ob dem A das Umgraben des Tennisplatzes physisch spürbar wurde. Das wäre unter Umständen der Fall, wenn er sich über die Unbespielbarkeit des Platzes im wahrsten Sinne des Wortes krank geärgert hätte. KNODEL will den Fall jedoch ausdrücklich so verstanden wissen, daß A durch die Beschädigung der Anlage physisch nicht beeinträchtigt wird ³⁾.

Wenn KNODEL auch für diesen Fall Gewalt gegen A bejaht, fragt man sich, wie er dieses Ergebnis angesichts des Analogieverbots rechtfertigen will. Die Vermutung liegt nahe, daß er das Verbot anders als die h.M. deutet, also den Wortsinn als Auslegungsgrenze nicht anerkennt.

So jedenfalls ist die Auffassung MAURACHs zum strafrechtlichen Gewaltbegriff zu erklären. Genau wie KNODEL verneint er das Erfordernis körperlicher Einwirkung und lehnt die h.M. mit dem Hinweis ab, sie beschränke den Gewaltbegriff "mehr dem Wortlaut als dem Inhalt nach" ⁴⁾. Damit verwirklicht MAURACH für den Gewaltbegriff, was er bei der Erörterung des Analogieproblems als allgemeines Auslegungsprinzip befürwortet hat:

"Trifft die ratio legis zu, so hat ihr eine etwa entgegenstehende Wortauslegung zu weichen" ⁵⁾. MAURACH sieht seine Auffassung

1) Dieses Beispiel findet sich bei KNODEL, Gewalt, S.49

2) vgl. RGSt 20, 354 ff; 27, 405 f; BLEI, NJW 1954, 586; JAGUSCH, LK § 249 Anm.3a; WELZEL, Strafrecht, S.305

3) KNODEL, Gewalt, S.49

4) MAURACH, BT, S.109

5) MAURACH, AT, S.87

zum strafrechtlichen Gewaltbegriff also nur deswegen nicht im Konflikt mit dem Analogieverbot, weil er dem Verbot einen anderen Inhalt gibt als es die h.M. tut. Hieran ist im Laufe dieser Arbeit bereits Kritik geübt worden ¹⁾. Jetzt genügt es festzustellen, daß MAURACHs Auffassung zum Begriff der Gewalt konsequenterweise der h.M. widerspricht, weil auch seine Auffassung zum Analogieverbot von der h.M. abweicht.

Diese Erklärung kann für die Meinung KNODELs nicht ohne weiteres gegeben werden, obwohl sie ebenfalls die Grenze des Wortsinns außer acht läßt. Am deutlichsten wird dies an der Behauptung, der Täter könnte z.B. wegen einer Drohung auch dann bestraft werden, wenn ein gedachter Tatbestand nur Gewalt, nicht auch Drohung unter Strafe stellt; der Gewaltbegriff würde dann nach KNODEL auch den Fall der Drohung mit umfassen ²⁾. Gleichzeitig anerkennt KNODEL nun die "allgemeine Wortbedeutung" als Auslegungsgrenze ³⁾. Hier tut sich ein unüberbrückbarer Widerspruch auf. Wenn er zum strafrechtlichen Gewaltbegriff ausführt, "die umfassende Wortbedeutung des Ausdrucks Gewalt" decke "die denkbar weitesten Begriffsbestimmungen" ⁴⁾, ist damit wohl das Gleiche gemeint, was auch DANCKERT - allerdings sehr viel präziser, wenn auch in der Sache ebenso falsch - zum Ausdruck bringt.

Für DANCKERT, der das Analogieverbot ganz im Sinne der h.M. deutet, hat das Verbot für sämtliche Gattungsbegriffe und unbestimmten Tatbestandsmerkmale überhaupt keine praktische Bedeutung.

Bei Gattungsbegriffen und unbestimmten Tatbestandsmerkmalen, sagt er, bestehe "auf Grund ihrer weiten und ungenauen Fassung nicht die Gefahr einer über den Wortlaut hinausgehenden Auslegung. Problematisch ist nicht die Abgrenzung zur Analogie, sondern die zur freien Rechtsfindung ... Die Tatbestandsmerkmale geraten auf

1) vgl. oben S. 104 ff

2) Gewalt, S. 69 Fußn. 35

3) a.a.O., S. 69

4) a.a.O., S. 69

Grund ihrer Natur nicht in einen Konflikt mit dem Analogieverbot, sondern stehen im Gegensatz zum Bestimmungsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG" ¹⁾.

Von der Gesamtheit der Staatsschutzbestimmungen und den hierzu ergangenen Entscheidungen z.B. meint DANCKERT, sie seien unter dem Aspekt des Analogieverbots völlig uninteressant; selbst bei den kasuistisch gefaßten Straftatbeständen ergäben sich keinerlei Abgrenzungsschwierigkeiten ²⁾. Als Ergebnis faßt er zusammen: "Bei den Gattungsbegriffen wie bei den unbestimmten Tatbestandsmerkmalen ist es ... nicht entscheidend oder gar problematisch, ob ein bestimmtes Auslegungsergebnis noch mit dem Wortlaut vereinbar ist". "Ausschlaggebend" ist seiner Meinung nach, ob die Entscheidungen "noch mit dem Normzweck vereinbar sind" ³⁾.

Hiergegen ist folgendes zu sagen: Nicht jeder unbestimmte Rechtsbegriff steht im Widerspruch zum Gebot der Tatbestandsbestimmtheit. Um der Vielfältigkeit des Lebens Rechnung tragen zu können, ist die Ausgestaltung der gesetzlichen Tatbestände mit wertausfüllungsbedürftigen, unbestimmten Merkmalen erforderlich und - in hier nicht näher zu bestimmenden Grenzen - auch verfassungsrechtlich unbedenklich ⁴⁾. Daher können auftauchende Grenzfälle nicht aus der Erörterung des Analogieverbots ausgeklammert und auf die Ebene der Tatbestandsbestimmtheit geschoben werden ⁵⁾. Es ist nicht richtig, daß unbestimmte Tatbestandsmerkmale ihrer Natur nach nicht mit dem Analogieverbot in Konflikt kommen. Zwar hebt DANCKERT zutreffend hervor, daß derartige Begriffe "einen mehr oder weniger großen Bereich umschreiben und ... anpassungsfähiger sind als die mehr kasuistisch geformten Tatbestände" ⁶⁾. Das entbindet den Gesetzesinterpreten aber nicht von der Aufgabe, nach der Grenze des mehr oder weniger weiten Wortsinns zu suchen. Wenn DANCKERT und anscheinend auch KNODEL in diesem Bereich auf den Wortsinn nicht achten wollen, ist es durchaus möglich, daß

1) Auslegung und Analogie, S.169 ff, insbes. S.172/3

2) Analogie und Auslegung, S.175

3) a.a.O., S.173

4) vgl. oben S.17

5) Das ist ebenso unzulässig wie der umgekehrte Versuch SEELs, die Problematik der Gesetzesbestimmtheit auf die Erörterung des Analogieproblems abzuwälzen, vgl. oben S.

6) Analogie und Auslegung, S.173

die teleologische Gesetzesinterpretation über den begrifflichen Rahmen hinausführt. Es kann auf bereits angeführte Beispielfälle verwiesen werden:

Ein am Tage begangener Diebstahl wird analog § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB behandelt; die ratio legis könnte dies unter Umständen gebieten ¹⁾. Oder unter Gewalt im Sinne des § 113 StGB wird das Pfeifen aus Protest verstanden; die ratio legis wurde tatsächlich schon in diesem Sinn "hingebogen" ²⁾. Diese Beispiele zeigen noch krasser als der von KNODEL angeführte Beispielfall vom aufgewühlten Tennisplatz, wie wichtig die Grenze des Wortsinns auch bei unbestimmten Tatbestandsmerkmalen ist ³⁾. Wollte man bei wertausfüllungsbedürftigen und unbestimmten Rechtsbegriffen hierauf verzichten, wäre das Analogieverbot praktisch aufgehoben ⁴⁾.

Der eben skizzierte Gedankengang DANCKERTs führt im Grunde seine ganze Arbeit und die zum Schluß geäußerte Hoffnung, der Wortsinn möge sich als Auslegungsgrenze durchsetzen, ad absurdum.

Als Ergebnis ist mithin festzuhalten: Auch wenn der Gewaltbegriff ohne Zweifel ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, können ihm entgegen KNODEL nicht alle überhaupt nur denkbaren Formen des Zwangs subsumiert werden. Die Auslegung ist vielmehr wie bei allen anderen Begriffen auch durch den Wortsinn begrenzt, der für den strafrechtlichen Gewaltbegriff zwar nicht viel ⁵⁾ aber immerhin eines mit Gewißheit aussagt:

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kann von Gewalt gegen eine Person dann keine Rede sein, wenn die gegen Sachen angewandte Gewalt auf das Opfer physisch überhaupt nicht wirkt. Die von

1) vgl. oben S.60

2) vgl. oben S.70 f

3) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.361/2

4) ENGISCH, Einführung, S.108 u. ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.4, nennen Zahlenbegriffe die einzig wirklich eindeutig bestimmten Begriffe. Chemische Formeln u.ä. gehören indes auch hierzu, vgl. z.B. das Lebensmittelgesetz.

5) so BLEI, NJW 1954, 587

MAURACH und KNODEL ¹⁾ vertretene entgegengesetzte Auffassung steht im Konflikt mit dem Analogieverbot ²⁾.

H. Ergebnis

Bisher wurden nur solche unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots umstrittenen Fälle untersucht, bei deren Lösung sich schließlich herausstellte, daß die jeweils von der h.M. abweichende Auffassung ihre Ursache stets in einer fehlerhaften Auffassung zum Analogieverbot überhaupt hatte. Teils wurde eine über den Wortsinn hinausgehende Gesetzesinterpretation als mit dem Analogieverbot vereinbar angesehen ³⁾, teils zu Unrecht die Auslegung auf die historische Auslegungsmethode beschränkt ⁴⁾; dann wurde Analogieverbot und Tatbestandsbestimmtheit einerseits ⁵⁾ und inner- und außertatbestandliche Analogie andererseits in unzulässiger Weise vermischt ⁶⁾ oder die Bedeutung des Analogieverbots für unbestimmte Tatbestandsmerkmale ⁷⁾ auf der einen und das Verhältnis von gesetzlicher Systematik und Analogieverbot auf der anderen Seite verkannt ⁸⁾.

In Hinblick auf die gestellte Aufgabe, die Praktikabilität des Analogieverbots zu untersuchen, kann eine erste Aussage getroffen werden.

Unter dem Blickwinkel des Analogieverbots wird eine Vielzahl von Fällen erörtert, bei deren Lösung das erwartete Problem, die äußerste Grenze des möglichen Wortsinns zu bestimmen, gar nicht auftaucht. Verfehlt ist es daher, der h.M. global den Vorwurf zu

1) wie KNODEL grundsätzlich auch SCHÖNKE-SCHRÖDER, allerdings an der Richtigkeit dieser Meinung zweifelnd, § 234 Rdn.8

2) vgl. hierzu insbesondere MEZGER-BLEI, BT S.56

3) vgl. oben S. 117 ff, 133 f

4) vgl. oben S. 126 ff

5) vgl. oben S. 119 ff

6) vgl. oben S. 119 ff, 125 f

7) vgl. oben S. 134 ff

8) vgl. oben S. 130 ff

machen, das von ihr bejahte Verbot sei unpraktikabel, ja völlig undurchführbar ¹⁾. Die h.M. vermag das Analogieverbot in diesen Fällen - wie oben an Beispielen dargestellt wurde - konsequent durchzuführen. Wenn ihr vorgehalten wird, Kommentare und Lehrbücher bewiesen das Gegenteil ²⁾, geht dieser Vorwurf deswegen ins Leere, weil der in der Literatur bei manchen Fällen bestehende Streit seine Ursache trotz des generellen Bekenntnisses zum Analogieverbot eben doch in einer unterschiedlichen Deutung des Verbots hat. Bietet ein Blick in Lehrbücher und Kommentare in den genannten Fällen ein Bild der Unklarheit und Uneinheitlichkeit, liegt das nicht an der Unmöglichkeit, das Analogieverbot, wie es hier verstanden wird, praktisch durchzuführen, sondern allein an der Tatsache, daß es von einem Teil der Rechtslehre anders praktiziert wird.

Wohl am deutlichsten tritt die Unbegründetheit der gegen die h.L. erhobenen Vorwürfe bei ARTHUR KAUFMANN zutage, wenn er z.B. in den besonders schweren Fällen und den unechten Unterlassungsdelikten Anwendungsfälle des nach h.M. bestehenden Analogieverbots sieht. Seine These von der Undurchführbarkeit des Analogieverbots in diesen Fällen zeigt nur, daß er selbst die h.M. mißversteh ³⁾.

III. Zweite Kategorie umstrittener Fälle:

Streit um die äußerste Grenze des Wortsinns

Im folgenden soll die zweite Kategorie der unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots strittigen Fälle behandelt werden. Dabei geht es um Gerichtsentscheidungen und Lösungsvorschläge des Schrifttums, bei denen zweifelhaft ist, ob sie sich im Rahmen des möglichen Wortsinns halten.

Die Diskussion stößt damit in den schwierigsten Teil des Analogieproblems vor. Wenn auch die bisher erörterten Teilprobleme durchaus nicht einfach zu behandeln waren und eine Garantie für

1) so ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.3

2) so ARTHUR KAUFMANN, a.a.O., S.3

3) Daß er sich zudem selbst widerspricht, wurde oben S.119 f bereits dargelegt.

die Richtigkeit der hier gefundenen Lösungen keineswegs übernommen werden kann, so lief die gesamte Auseinandersetzung doch auf gewohnten und gleichermaßen bewährten dogmatischen Gleisen ab. Dieser feste Boden fehlt, wenn es jetzt darum geht, die vom Wortsinn her umstrittenen Fälle näher zu untersuchen.

In der Regel werden juristische Probleme mit der Zeit einer Lösung zugeführt; fehlsame Argumente werden beiseite geschoben und überzeugende Beweisführungen durch Auseinandersetzungen im Schrifttum von Ungenauigkeiten und Überflüssigem befreit, so daß sich im Laufe der Diskussionen ein richtiges Ergebnis herauskristallisiert. Ein endgültig geklärtes Problem kann sodann Stufe für Stufe zurückverfolgt werden bis zu seinem Ursprung, der ersten Idee.

Ein ganz anderes Bild bietet sich für die Frage nach der praktischen Durchführung des Analogieverbots, soweit die äußerste Grenze des Wortsinns in Frage steht. Eine echte Diskussion über die Frage, ob ein Fall mittels Auslegung oder Analogie gelöst wurde, hat es in diesem Bereich im Grunde nie gegeben. Auch wenn sich die gleiche Frage im Laufe der Zeit mehrmals stellte, wurde sie doch jedesmal gleichsam isoliert und ohne Verwertung früherer Aussagen beantwortet. An einem Beispielsfall soll das verdeutlicht werden.

A. Überblick über die Entwicklung des § 223 a StGB als Beispiel für die unzulängliche Behandlung der Analogie-Problematik

Eine gefährliche Körperverletzung kann mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs begangen werden, § 223 a StGB.

1.) Die Zeit des Reichsgerichts

Dem Reichsgericht ¹⁾ lag im Jahr 1882 folgender Fall zur Entscheidung vor: Der Angeklagte hatte einem Dienstmädchen den Inhalt einer Flasche Vitriol ins Gesicht gegossen. Das Gericht

1) RG Rspr.4, 298 ff

verneinte § 223 a StGB, weil es unter einer Waffe und einem gefährlichen Werkzeug nur solche Instrumente verstand, die auf mechanische Weise Verletzungen herbeiführen. Zur Begründung wurde ausgeführt: "Es erscheint schon nach dem üblichen Sprachgebrauch nicht zulässig, eine ätzende Substanz als Werkzeug zu bezeichnen" ¹⁾. Die Ausdehnung des Begriffs auf Chemikalien sei wegen der durch den Wortlaut gebotenen Auslegung nicht möglich ²⁾.

Warum das so ist, wird nicht gesagt, es wird nur behauptet. Mit Hilfe einer schein-logischen Argumentation wird jedoch die "juristische Methode" gewahrt. Das Reichsgericht definiert, wie seiner Meinung nach eine Verletzung mittels einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug herbeigeführt wird: "Durch Hieb, Stoß, Stich, Wurf oder Schuß" ³⁾, also durch eine rein mechanische Wirkung. Im logischen Schlußverfahren wird sodann festgestellt, daß die mittels Vitriol herbeigeführte Verletzung nicht darunter fällt, also der Tatbestand des § 223 a StGB nicht erfüllt ist. Durch die Definition hat das Reichsgericht jedoch die Frage nicht geklärt, warum der Sprachgebrauch so eng ist, daß chemisch wirkende Mittel nicht erfaßt werden. Die Definition ist von dem engen Sprachgebrauch ausgegangen und damit selbst notwendig eng geworden. Daß die mittels Vitriol herbeigeführte Verletzung nicht dem Tatbestand des § 223 a StGB subsumiert werden konnte, lag an der Enge der selbst gewählten Definition. Ob diese dem wirklichen Sprachgebrauch entsprach, ergibt sich aus der Entscheidung nicht.

Man könnte sich mit der Vermutungzufrieden geben, der damalige Sprachgebrauch habe so offenkundig der Einbeziehung chemisch wirkender Mittel in den Tatbestand des § 223 a StGB entgegengestanden, daß es einer Begründung hierfür nicht bedurfte. Diese Vermutung wird jedoch durch spätere Entscheidungen nicht bestätigt.

1) RG Rspr. 4, S.299

2) a.a.O., S.299

3) a.a.O., S.299

Im Jahre 1891 war folgender Fall zu entscheiden ¹⁾: Der Angeklagte sollte glühende Eisen-Nieten mittels einer Zange in einen Schiffsraum zu einem Arbeitskollegen herabreichen. Vor jedem Arbeitsgang hatte er die glühenden Niete an die Schmiede zu klopfen, um sie von den lose an ihnen haftenden glühenden Eisenteilchen zu befreien. Der Angeklagte bewirkte das Loslösen der Eisenteilchen jedoch dadurch, daß er die die Niete haltende Zange stark hin- und herschwenkte, um den im Schiffsraum befindlichen Arbeitskollegen mit den herabfallenden glühenden Teilchen zu treffen. Ein Teilchen fiel dem Arbeiter ins linke Auge und verletzte ihn.

Das Gericht stellte ausdrücklich fest, daß die Verletzung durch die Hitze verursacht worden war ²⁾ und verurteilte den Angeklagten nach § 223 a StGB. Mit der Frage, ob die Verletzung nicht auf anderem als auf mechanischem Wege herbeigeführt worden war, befaßte sich das Gericht nur am Rande: "Bezüglich des Endergebnisses würde ... die Beantwortung dieser Frage nicht von Bedeutung sein, jedenfalls hat die Verletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs stattgefunden" ³⁾.

Diese oberflächliche Betrachtungsweise überrascht. Sicherlich ist eine mechanische Wirkung nicht hinwegzudenken, ohne daß die Verletzung entfielen; das Schwenken der Zange hat das Loslösen der Eisenteilchen bewirkt, das Herabfallen ist zweifellos ein mechanischer Vorgang. Wäre das Eisenteilchen aber nicht glühend gewesen, wäre die Verletzung nicht eingetreten. Davon ging das Gericht selbst aus.

Insofern hat dieser Fall eine echte Parallele in dem vorhin behandelten: Dort wurde der Inhalt der Vitriol-Flasche ebenfalls auf mechanischem Weg, nämlich durch das Herausspritzen des Flascheninhalts, an den Körper des Opfers gebracht. Beide Male haben aber andere als mechanische Vorgänge die Verletzungen herbeigeführt: Im ersten Fall die Verätzung, im jetzigen Fall die Verbrennung.

1) RG GA Bd.39 (1891), 68 f

2) a.a.O., S.68

3) a.a.O., S.69

Die Hitzeeinwirkung hat keine Verletzung auf m e c h a n i -
s c h e m Weg herbeigeführt, wie das Reichsgericht es ursprüng-
lich gefordert hatte. Daß die abfallenden glühenden Eisenteilchen
nicht zu dem vom Reichsgericht ursprünglich gegebenen Bild einer
Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs passen, folgt schon aus
der ursprünglich gegebenen engen Definition, wonach die Ver-
letzung mittels Hieb, Stoß, Stich, Wurf oder Schuß herbeigeführt
werden muß. Wenn man überhaupt das durch das Schwenken der Zange
bewirkte Loslösen der Eisenteilchen als "Wurf" ansieht, hat
nicht die Wucht und Energie, mit der die Teilchen "geworfen" wur-
den, die Verletzung herbeigeführt. Ein nicht glühendes Eisenteil-
chen - das wurde bereits gesagt - hätte keine Verletzung zur Fol-
ge gehabt.

Mit Erstaunen nimmt man zur Kenntnis, daß das Reichsgericht eine
durch Hitze herbeigeführte Verletzung als durch ein gefährliches
Werkzeug bewirkt ansah, obwohl es zuvor entschieden hatte, der
Sprachgebrauch schließe es aus, nicht durch Hieb, Wurf usw. her-
beigeführte Verletzungen unter diesem Gesichtspunkt dem Tatbestand
des § 223 a StGB zu subsumieren.

Eine Begründung wurde hierfür nicht gegeben. Wiederum bietet sich
eine Vermutung als Erklärung an, daß nämlich das Reichsgericht
mangels gründlicher Prüfung irrig von einer mechanisch bewirkten
Verletzung ausging. Diese Vermutung wird indes wieder nicht be-
stätigt.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1904 ¹⁾ hatte das Reichsgericht
zwar zwischen den Verletzungen, die durch das Auftreffen des auf
den Verletzten geschleuderten Kalks auf mechanischem Weg verur-
sacht waren und den Verletzungen, die der Kalk infolge seiner che-
mischen Eigenschaften hervorgerufen hatte, unterschieden. Im Jahr
1916 aber lag dem Gericht folgender Fall zur Entscheidung vor: ²⁾
Der Angeklagte hatte einen Topf siedend heißen Kaffees über seine
Ehefrau geschüttet und ihr hierdurch Verbrennungen zugefügt. Kein
Zweifel, daß die Verletzungen nicht auf mechanischem Weg - Hieb,
Stich usw. - hervorgerufen waren, denn eine kühle Flüssigkeit
hätte alleine durch das Auftreffen auf die Haut keinerlei Ver-

1) RG Recht 1904, S.257

2) RG GA Bd.62 (1916), 321

letzungen herbeigeführt ¹⁾. Dennoch hat das Reichsgericht den heißen Kaffee als ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 223 a StGB angesehen.

Zu der Frage, ob der Wortsinn des Gesetzes diese Entscheidung noch deckt, wurde nicht Stellung genommen. Das Gericht verwies vielmehr unter anderem auf die Entscheidung RG Rspr.4, 298, in der ausdrücklich unter Hinweis auf den engen Sprachgebrauch der Begriff der Waffe und des gefährlichen Werkzeugs auf mechanisch wirkende Mittel beschränkt worden war.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Was ursprünglich offensichtlich als verbotene Analogie angesehen worden war, wurde in späteren Entscheidungen als Auslegung bezeichnet. Ob der Sprachgebrauch sich erweitert hatte, wurde nicht dargetan, geschweige denn begründet.

Wieder drängt sich eine Vermutung auf. Der Sprachgebrauch hatte sich vielleicht tatsächlich in einem solchen Maß verändert, daß es unnötig erschien, in späteren Entscheidungen auf diesen offensichtlichen Wandel hinzuweisen. Aber diese Vermutung ist wieder falsch.

Im Jahr 1938 entschied das Reichsgericht kategorisch: "Ein gefährliches Werkzeug kann nur ein Gegenstand sein, der durch mechanische Einwirkung auf den Körper verletzt" ²⁾.

Sogar eine entsprechende Anwendung nach § 2 i.d. Fassung von 1935 wurde abgelehnt.

Diese Entscheidung wurde 1940 bestätigt ³⁾. Der Angeklagte hatte dem Opfer Salpetersäure ins Bier geschüttet, das Reichsgericht führte hierzu aus: Unter einem gefährlichen Werkzeug i.S. des § 223 a StGB sei nur ein Mittel zu verstehen, das durch mechanische Anwendung verletze, nicht auch ein solches, das auf chemischem Wege wirke. Wiederum wurde die entsprechende Anwendung

1) Der BGH (Bd.1, S.2) hat in einem Überblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts den Widerspruch deutlich erkannt und zu diesem Fall ausgeführt, die Verletzung beruhe "eigentlich nicht ... auf mechanischer Wirkung, sondern auf Wärmeeinwirkung". Zu dieser BGH-Entscheidung s. unten S. 147

2) RG DJ 1938, 518

3) RG DR 1940, 1937 f

abgelehnt. Zu der Frage, ob der Wortsinn des § 223 a StGB seit jeher so eng war oder sich zwar vorübergehend erweitert hatte und sich dann auf das ursprüngliche Maß reduzierte, wurde mit keinem Wort Stellung genommen.

Die Frage nach dem Ausmaß des Wortsinns und damit verbunden die Frage nach der Grenze zwischen Analogie und Auslegung blieb bis 1945 im Grunde unbeantwortet. Die enge Betrachtungsweise beruhte im gleichen Maße wie die weite Interpretation des § 223 a StGB auf unbewiesenen Thesen. Die Formulierungen, die sie stets mit der Hülle der Selbstverständlichkeit umgaben, vermochten hieran nichts zu ändern: Es blieben bloße Behauptungen.

2.) Die Entwicklung nach 1945

Nach dem Krieg wurde der Bundesgerichtshof gleich zu Beginn mit der Frage konfrontiert, ob chemisch wirkende Stoffe dem Begriff der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs subsumiert werden können. Die Frage wurde bejaht ¹⁾. Für das hier interessierende Problem der Abgrenzung von Analogie und Auslegung findet sich wieder nur ein einziger Satz in den Entscheidungsgründen. Dem Hinweis, daß sich die Kriegstechnik in wachsendem Maße auch chemischer Kampfmittel bedient, folgt zunächst die Feststellung, daß "rein gedanklich das fortgeschrittene Forschungsbild der Naturwissenschaften nicht mehr die Scheidung zwischen mechanischen und chemischen Vorgängen" rechtfertige ²⁾. Es heißt dann: "Dieser Entwicklung ist auch der allgemeine Sprachgebrauch in dem, was er unter Waffen versteht, längst gefolgt" ³⁾. Diese Formulierung weist auf das Vorhandensein eines weiten Sprachgebrauchs mit der gleichen Selbstverständlichkeit hin, mit der das Reichsgericht zu Beginn und am Ende seiner Rechtsprechung einen engen Sprachgebrauch annahm.

1) BGHSt 1, 1 ff

2) a.a.O., S.3

3) a.a.O., S.3, an dieser Rechtsprechung hat der BGH festgehalten, vgl. LM § 223 a Nr.7: Angeklagter hatte einem Mädchen Pfeffer in die Augen geschüttet; weitere Nachweise bei PFEIFFER-MAUL-SCHULTE, § 223 a Anm.3

Man wird dem Hinweis des Bundesgerichtshofs auf einen geänderten, erweiterten Sprachgebrauch mit Vorsicht begegnen müssen; denn die Vermutung, der Sprachgebrauch habe sich tatsächlich und so offenkundig verändert, daß eine nähere Begründung hierzu überflüssig erscheint, hat sich bei der Betrachtung der Reichsgerichtsrechtsprechung oft nicht bestätigt.

Aufmerksamkeit ist um so mehr geboten, als der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung des Reichsgerichts in groben Zügen skizziert und den Eindruck entstehen läßt, als habe das Reichsgericht kontinuierlich an der engen Auffassung festgehalten ¹⁾. Hieraus leitet sich das Bild einer langsam vollzogenen Wandlung des Sprachgebrauchs ab; die Kriegstechnik des 2. Weltkriegs erscheint als Ursache der Änderung.

In Wirklichkeit war die Rechtsprechung des Reichsgerichts - wie oben nachzuweisen versucht wurde - uneinheitlich und widersprüchlich. Der Wortsinn des § 223 a StGB wurde einmal auf mechanisch wirkende Stoffe beschränkt, zum anderen auf anderweitig wirkende Mittel erweitert. Gerade zu Beginn und während des 2. Weltkriegs war das Reichsgericht zur engen Betrachtungsweise zurückgekehrt ²⁾. Das paßt nicht zu dem Bild, daß die Kriegstechnik den Sprachgebrauch verändert haben soll.

Um keine Mißverständnisse aufkommen zu lassen, soll an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen werden, daß Zweifel nicht nur an der Richtigkeit der BGH-Entscheidung bestehen wegen der Weite der Auslegung. Den gleichen Zweifeln unterliegt die gesamte Reichsgericht-Rechtsprechung, in der weder die weite noch die enge Betrachtungsweise vom Wortsinn der Norm her überzeugend begründet wurde. Keine Lösung ist besser begründet als die andere, weil für alle eine Begründung fehlt, soweit es um die Analogieproblematik geht.

Im folgenden soll ein Blick auf das Schrifttum zu dieser Frage geworfen werden. Die BGH-Entscheidung wurde fast einhellig be-

1) BGHSt 1. 2/3; das Gericht spricht von der grundsätzlich einschränkenden Auslegung durch das RG, obwohl es den Widerspruch in der RG-Rechtsprechung deutlich erkannt hat, vgl. oben S.145

2) RG DJ 1938, 518; RG DR 1940, 1937 f

grüßt ¹⁾. In den Kommentaren und Lehrbüchern fehlt eine ausführliche Stellungnahme zu der Frage, ob das Analogieverbot beachtet ist. In einem Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat jedoch DALLINGER ²⁾ etwas ausführlicher Stellung genommen.

Wie der Bundesgerichtshof führt er die Entscheidung auf eine langsame, kontinuierliche Entwicklung zurück. Der Bundesgerichtshof, meint DALLINGER, sei nur einer in zunehmendem Maße vertretenen Auffassung gefolgt ³⁾. Wenn DALLINGER hierfür BRUNS zitiert ⁴⁾ zeigt das jedoch mit aller Deutlichkeit, wie wenig gerechtfertigt es erscheint, von einer kontinuierlichen Entwicklung des Sprachgebrauchs zu sprechen, der sich allmählich erweitert und die Zeit reif gemacht hat für die Einbeziehung chemisch wirkender Mittel in den Tatbestand des § 223 a StGB. BRUNS hatte nämlich in einer Urteilsanmerkung 1940 ⁵⁾ zu der engen Auffassung des Reichsgerichts ausgeführt, gegen die Beschränkung der Auslegung auf mechanisch wirkende Mittel lasse sich vom Wortsinn her nichts einwenden ⁶⁾. BRUNS hatte sodann die analoge Anwendung des § 223 a StGB gefordert ⁷⁾.

Es erstaunt daher nicht, wenn BAUMANN wegen des Analogieverbots Bedenken gegen die BGH-Entscheidung anmeldet ⁸⁾.

ENGISCH nennt die Entscheidung "fragwürdig" ⁹⁾. ARTHUR KAUFMANN dagegen bejaht die Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Aus dem

1) MAURACH, BT, S.87; MEZGER-BLEI, BT, S.401; KOHLRAUSCH-LANGE, § 223 a Anm.I; SCHAEFER, LK § 223 a Anm.II a; MARTIN, LM § 223 a Nr.9; WELZEL, Strafrecht, S.280

2) MDR 1951, 144 ff

3) a.a.O., S.146, bestätigt in MDT 1956, 526; so auch HÜLLE, LM § 223 a Nr.1

4) a.a.O., S.146

5) DR 1940, 1938 f

6) a.a.O., S.1938

7) a.a.O., S.1938

8) MDR 1958, 395

9) Einführung, S.149; abgelehnt wird die Entscheidung noch von G. u. D. REINICKE (NJW 1951, 683), jedoch aus anderen Gründen. Sie befürworten eine historische Auslegung.

1. Teil dieser Arbeit ist dieser Verfasser als Gegner des Analogieverbots bekannt. Es verwundert daher nicht, wenn er die Entscheidung begrüßt, obwohl es sich auch seiner Meinung nach um eine Analogie-Entscheidung handelt ¹⁾. Eine Begründung hierfür gibt allerdings auch er nicht.

Unergiebig ist schließlich auch die Stellungnahme DANCKERTs. Daß "Massenvernichtungsmittel" ²⁾ Waffen sind, ergebe heute der allgemeine Sprachgebrauch ³⁾. In einer Fußnote hierzu vermerkt er ohne Kommentar, daß dies allerdings bestritten ist ⁴⁾.

Dem eigentlichen Problem der Bestimmbarkeit des Wortsinns geht DANCKERT ersichtlich aus dem Weg. Das kann mit seiner oben dargelegten Auffassung von den unbestimmten Tatbestandsmerkmalen erklärt werden, die seiner Meinung nach ihrer Natur nach nicht in Konflikt zum Analogieverbot geraten können. Der Streit um § 223 a StGB beweist erneut das Gegenteil und bestätigt die oben geübte Kritik ⁵⁾.

3.) Ergebnis

Mithin ist festzustellen, daß Weite und Enge des Wortsinns nie diskutiert worden sind. Die Frage nach der Grenze zwischen Analogie und Auslegung wurde stets mit einer kurzen Bemerkung abgetan. Während der Bundesgerichtshof für die Einbeziehung chemisch wirkender Mittel in den Tatbestand des § 223 a StGB mit dem Hinweis auf die Kriegstechnik wenigstens versucht hat, eine Begründung für das Vorhandensein eines weiten Sprachgebrauchs zu geben, tritt die mangelnde Begründung im Fall des "gehetzten Hundes" schon auf den ersten Blick offen zutage.

Das Reichsgericht ⁶⁾ hatte - wie nach den oben getroffenen Fest-

1) Analogie, S.21

2) Offensichtlich meint er hiermit chemisch wirkende Mittel im Gegensatz zu den mechanisch wirkenden .

3) Auslegung und Analogie, S.115

4) a.a.O., S.115; der BGH (NJW 1968, 2016) nennt seine Rechtsprechung zum Waffenbegriff sogar unbestritten.

5) vgl. oben S.134 f

6) RGSt 8, 315 ff

stellungen nicht anders zu erwarten ist - kurz und bündig ausgeführt: "Es liegt auf der Hand", daß § 223 a StGB unter einer Waffe und einem gefährlichen Werkzeug "nicht ein Werkzeug in jenem ausgedehnten ... Sinn versteht Ohne den Worten Zwang anzutun, läßt sich nicht behaupten, daß derjenige, welcher einen Hund zum Angriffe auf einen Menschen anreizt, von einer Waffe oder einem gefährlichen Werkzeug ... Gebrauch macht" ¹⁾. Das OLG Hamm hatte 1958 ebenfalls die Frage verneint, ob ein auf einen Menschen gehetzter Hund ein gefährliches Werkzeug sein könne ²⁾.

Der Bundesgerichtshof ³⁾ hat dagegen wenig später ausgeführt, eine grundsätzliche Änderung der Auffassung zu § 223 a StGB habe sich in der Rechtsprechung damit angebahnt, daß der Senat auch chemisch wirkende Mittel als Waffen angesehen habe. Eine teleologische Auslegung gebiete es, nun auch einen gehetzten Hund als gefährliches Werkzeug anzusehen ⁴⁾. Zu der Frage, ob sich der Sprachgebrauch gerade für den zu entscheidenden Fall des aufgehetzten Hundes gegenüber der Reichsgerichtszeit erweitert hat, fehlt jede Stellungnahme. Die Anknüpfung an die im 1. Band getroffene Entscheidung dürfte kaum in dem Sinne zu verstehen sein, daß auch die dort gegebene Begründung zum erweiterten Sprachgebrauch für die Entscheidung des gehetzten Hundes übernommen werden sollte. Die Kriegstechnik hat sich ganz sicher nicht in zunehmendem Maße aufgehetzter Tiere bedient, so daß sich der Sprachgebrauch aus diesem Grund angepaßt hat. Der Bundesgerichtshof begründet seine neue Entscheidung also ausschließlich mit dem Gebot teleologischer Auslegung ⁵⁾.

ARTHUR KAUFMANN sieht hierin strafbegründende Analogie ⁶⁾. Obwohl er seine Ansicht ebenfalls nicht begründet, wird ihn dieses BGH-Urteil sicherlich in der Auffassung bestärkt haben, daß mit dem Analogieverbot in Wirklichkeit nicht ernst gemacht wird.

1) a.a.O., S.316

2) OLG Hamm, IMB1NRW 1958, 154

3) BGHSt 14, 152 ff

4) BGHSt 14, S.154 ff

5) BGHSt a.a.O., 154; das OLG Hamm gab nach dieser Entscheidung seine ursprünglich entgegengesetzte Auffassung auf und schloß sich dem BGH an, NJW 1965, 164 f

6) Analogie, S.21

Mit dieser Feststellung kann an die diesen Ausführungen vorangestellte Behauptung angeknüpft werden, daß jedermann zwar gewiß ist, de-facto-Analogie komme häufig vor, ohne jedoch überzeugend dartun zu können, wann das geschehen ist ¹⁾. Der Überblick über die Entwicklung des § 223 a StGB ist ein erster Beweis für die Richtigkeit dieser These. Im Laufe der Arbeit wird das Bild in diesem Sinne immer deutlicher werden.

B. Die wesentliche Aufgabe: Bestimmung des Wortsinns

1.) Die Ausgangslage beim Vorhandensein von de-facto-Analogie

Die Aufgabe, das angeschnittene Problem des § 223 a StGB vom Blickwinkel des Analogieverbots her zu lösen, wird in mancherlei Hinsicht erschwert. über Sinn und Zweck des § 223 a StGB gibt es keinerlei Streit. Was im 1. Teil dieser Arbeit als Begründung für das Verbot analoger Rechtsfindung praeter legem angeführt wurde, findet sich an diesem praktischen Beispiel nicht wieder. Während man einen Streit um das Ausmaß teleologischer Gesetzesinterpretation erwarten hat, herrscht hierüber Einigkeit. Nur der Wortsinn scheint unklar, durch den der variablen Größe der ratio legis erst ein fester Rahmen gegeben werden soll. Hierin liegt vielleicht der Grund, warum das Analogieverbot bei § 223 a StGB nirgendserörtert wird. Es lohnt sich anscheinend gar nicht, weil man sich im Ergebnis einig ist. Wenn trotz der fast einhelligen Meinung deren Richtigkeit in Frage gestellt wird, streitet man gegen die überwiegende Rechtslehre; das schreckt ab. Immerhin aber haben BAUMANN ²⁾ und ENGISCH ³⁾ gegen die h.M. Bedenken geäußert. ARTHUR KAUFMANN ⁴⁾ unterstellt der Rechtsprechung - obwohl er sie begrüßt - ausdrücklich Analogie. WELZEL ⁵⁾ und MAURACH ⁶⁾ stimmen dem Bundesgerichtshof zwar zu, es ist aber

1) vgl. oben S.113

2) MDR 1958, 395

3) Einführung, S.149

4) Analogie, S.21

5) Strafrecht, S.280

6) BT, S.87

aus den obigen Ausführungen bekannt, daß sie gegen eine über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation nichts einzuwenden haben ¹⁾. Ihre Stellungnahme zum Problem des § 223 a StGB kann daher auch nicht ohne weiteres in dem Sinn verstanden werden, daß sie meinen, der Wortsinn decke die Einbeziehung chemisch wirkender Mittel. Hinzu kommt, daß es gerade zum Wesen der de-facto-Analogie gehört, unbewußt die Grenzen der Auslegung zu überschreiten. Ein solcher Fall ist daher durch Einigkeit zwischen Gegnern und Befürwortern des Analogieverbots gekennzeichnet. Allein diese Tatsache darf somit auch nicht der Grund sein, eine solche Entscheidung ohne Prüfung des Analogieverbots hinzunehmen. Zwar liegt es nahe, in den Fällen unbewußter Überschreitung des Wortsinns eigentlich von Analogie gar nicht zu sprechen und das Analogieverbot daher nicht zu erörtern, weil die entsprechende Anwendung des Bewußtseins dieser Methode voraussetzt. Unter "Analogie" wird jedoch jede über den Wortsinn hinausführende Gesetzesinterpretation verstanden, gleichgültig, ob die der Auslegung gezogene Grenze bewußt oder unbewußt überschritten wird. Insofern ist die Lehre vom "Analogieverbot" nicht exakt formuliert ²⁾. Wegen der bisherigen Übung soll jedoch auch hier an der Bezeichnung "Analogieverbot" festgehalten werden; es genügt, auf die Ungenauigkeit dieser Bezeichnung hingewiesen zu haben.

2.) Versuch teleologischer Bestimmung des Wortsinns

Eine befriedigende Lösung der praktischen Seite des Analogieproblems hängt sonach von einer exakten Bestimmung des möglichen Wortsinns ab. Das sollte nicht schwerfallen; denn wenn der Wortsinn eine feste Begrenzung für die Auslegung bilden und ihre äußerste Grenze abstecken soll, liegt hierin die Gewißheit, daß der Wortsinn überhaupt bestimmt werden kann: Der Maßstab, mit dem gemessen wird, muß notwendigerweise bekannt sein.

1) vgl. oben S. 96 ff

2) vgl. HASSEMER (Tatbestand und Typus, S.161 FuBn.38), der aus der Ungenauigkeit der Formulierung auf die Unrichtigkeit des ganzen Analogieverbots schließt; vgl. unten S. 173 f

a) Wortsinn und Begriff

Die Wörter sind ein Gegenstück der objektiven Welt ¹⁾. Begriffe werden durch Worte erkennbar, und zwar ist das Wort der Name des Begriffs ²⁾. Danach ist der Begriff etwas hinter dem Worte Stehendes ³⁾.

Den Wortsinn des Gesetzes zu erkennen wäre nun eine höchst einfache Aufgabe, würde jedes Wort auf einen einzigen ganz bestimmten Gegenstand hinweisen. GIPPER rügt, daß man sich in der Tat von der Sprache oft eine "primitive Vorstellung" mache, die "an unsern Erzvater Adam" erinnere, "der die Tiere zu sich rief, um jedem seinen Namen zu geben" ⁴⁾. Tatsächlich gibt es nur wenige Worte mit eindeutigem Sinn ⁵⁾. Hier ist es einfach, Auslegung und Analogie voneinander zu trennen.

Nimmt der Täter an einem 15 jährigen Mädchen unzüchtige Handlungen vor, wäre eine Bestrafung nach § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB verbotene Analogie, auch wenn es sich bei dem Mädchen um eine Person handelt, die in ihrer Entwicklung so zurückgeblieben ist, daß sie die geistige und körperliche Durchschnittsreife einer 14 jährigen noch nicht erreicht hat. Der spezifische Unrechtsgehalt des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB besteht zwar in dem Mißbrauch geistig und körperlich noch unreifer Personen zu sexuellen Zwecken ⁶⁾, die teleologische Auslegung ist durch den Wortsinn jedoch begrenzt. Abgesehen von diesen wenigen univoken Begriffen kann es jedoch stets bei der Bestimmung des Wortsinns Schwierigkeiten geben.

1) HORN, Rechtssprache, S.20 mit weiteren Nachweisen

2) ENGISCH, Logische Studien, S.24; BOCHENSKI, Denkmethode, S.13; FREYTAG-LORINGHOFF, Logik, S.21; HORN, Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.46

3) HATZ, Rechtssprache, S.46; HORN, Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.46

4) Festschr. f. Weisgerber, S.271

5) ARTHUR KAUFMANN, Analogie, S.4; ENGISCH, Einführung, S.108; LENCKNER, JuS 1968, 256 Fußn.70; WARDA, Ermessen, S.25

6) Aus diesem Grund erörtert ZIMMERL (Festschr.f. Graf v. Gleispach, S.182) diesen Fall unter dem Blickwinkel des § 2 StGB i.d.F. v. 1935

Der Grund hierfür ist folgender: Es gibt eine unübersehbare Fülle von Erscheinungen in der Welt. Die Sprache hat aber nicht jeder einzelnen einen besonderen Namen gegeben, sondern die Vielheit der Lebensformen nach bestimmten Gesichtspunkten zu Kollektivbegriffen ¹⁾ zusammengefaßt ²⁾. Der Begriff, sagt ENGISCH ³⁾, "ist die Bezeichnung einer Gruppe von Objekten durch einen gemeinsamen Namen im Hinblick darauf, daß sie irgendwie gleichwertig oder wenigstens ähnlich sind und daher eine Zusammenfassung verdienen". Zum Begriff gehört, was durch das Begriffswort gemeint ist ⁴⁾.

b) Wortsinn und Teleologie

An diesem Punkt drängt sich eine Argumentation geradezu auf: Wenn der Begriff den Namen für ähnliche, gleichartige Objekte gibt, müßte der Umfang des Begriffs per analogiam im teleologischen Verfahren bestimmt werden können.

Das wäre ein höchst paradoxes Ergebnis, weil der Gegensatz zwischen Befürwortern und Gegnern des Analogieverbots hierdurch völlig aufgehoben würde. Die Gegner des Verbots legen von vornherein nur nach teleologischen Gesichtspunkten aus; die Befürworter des Verbots würden zwar den Wortsinn als Grenze der Auslegung berücksichtigen, den Wortsinn selbst jedoch teleologisch auslegen und somit seine Grenze mit der ratio legis in eine Linie bringen.

Daß der Gedanke von der Bestimmbarkeit des Wortsinns durch teleologische Auslegung einen Fehlschluß enthält, liegt auf der Hand. Zum Beweis hierfür kann auf die Ausführungen im 1. Teil der vorliegenden Untersuchung verwiesen werden. Dort wurde der Nachweis

1) ENGISCH, Logische Studien, S.24/5; HATZ, Rechtssprache, S.47; NEUMANN-DUESBERG (Sprache im Recht, S.41) spricht von "Zusammenbegriffen", SCHWINGE (Teleolog. Begriffsbildung, S.20) von "Allgemeinbegriffen".

2) vgl. HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.75

3) a.a.O., S.24

4) ENGISCH, a.a.O., S.25; FREYTAG-LÖRINGHOFF, Logik, S.22 ff; LIPPS, Verbindlichkeit der Sprache, S.35

erbracht, daß eine teleologische Auslegung oft über den Wortsinn hinausführt. Der Flugplatz - um an dieses Beispiel anzuknüpfen ¹⁾ - wird vom Begriff des Bahnhofs nicht erfaßt, obwohl beide Orte durch mancherlei Ähnlichkeiten gekennzeichnet sind und aus teleologischen Gesichtspunkten gegen eine gleiche Bezeichnung nichts einzuwenden wäre. Die Sprache hat z.B. der An- und Abfahrtstelle von Fernomnibussen den Namen Bus-Bahnhof gegeben.

c) Inkongruenz von Wortsinn und teleologischem Gehalt

Die Ablehnung der teleologischen Methode zur Bestimmung der äußersten begrifflichen Grenze bedarf - damit keine Mißverständnisse aufkommen - einer zusätzlichen Verdeutlichung. Begriffsbildung und Teleologie werden seit jeher als zusammengehörig betrachtet, wobei das teleologische Verfahren als Mittel der Begriffsbestimmung angesehen wird ²⁾. Das widerspricht dem eben gewonnenen Ergebnis jedoch nicht; denn das Verhältnis von Teleologie und Begriffsbildung wird im Strafrecht stets unter dem Blickwinkel behandelt, wie innerhalb des vom Wortsinn umfaßten Bereichs die richtige Entscheidung getroffen werden kann ³⁾. Wegen der Vieldeutigkeit des Wortsinns vermag allein der Sprachgebrauch den Weg zur sachgerechten Entscheidung nicht zu weisen. Hier setzt das juristisch-wissenschaftliche Verfahren an, um den durch den Wortsinn ausgewiesenen Bereich zu durchforschen und den Fall einer juristisch richtigen Lösung zuzuführen. Das wurde bereits im 1. Teil dieser Arbeit dargestellt ⁴⁾. Hier geht es jetzt aber um die Frage, welcher Bereich überhaupt vom Wortsinn umfaßt ist. Nicht die richtige Entscheidung interessiert, sondern die Grenze, innerhalb derer nach der sachgerechten Entscheidung nur gesucht werden darf. Nur innerhalb der jetzt zu bestimmenden Grenzen hat die Teleologie ihre wichtige Funktion sinngemäßer Auslegung zu erfüllen. Sie kann jedoch nicht die Grenzen bestimmen, die ihr selbst gezogen sind. Gerade gegen eine

1) vgl. oben S.59 f

2) vgl. grundlegend SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung; GRÜNHUT, Begriffsbildung

3) vgl. SCHWINGE, a.a.O., S.48

4) vgl. oben S.34 ff

uferlose Ausdehnung teleologischer Gesetzesinterpretation ist der Wortsinn als äußerste Begrenzung gesetzt. Von hier aus ist die Ablehnung der teleologischen Methode als Mittel zur Bestimmung des Wortsinns zu verstehen.

Zumindest unklar ist insofern die Auffassung SAX', wenn er ausführt, die Grenze der rechtlichen Begriffsbildung sei identisch mit der Grenze der Rechtsauslegung überhaupt ¹⁾. Da SAX für die Auslegung nicht den Wortsinn, also nicht den von den Begriffen des Tatbestands unmittelbar umfaßten Bereich als äußerste Grenze ansieht ²⁾, bedeutet seine Aussage praktisch, daß die Begriffe ihre Grenze nicht in sich selbst tragen. Wäre diese Auffassung richtig, gäbe es keine Analogie praeter legem, weil alles, was der Norm nur e n t s p r i c h t, in den Begriffen des Tatbestands schon enthalten wäre. Richtigerweise setzt jedoch Analogie praeter legem da an, wo die äußerste begriffliche Grenze erreicht ist. Zum Begriff gehört also nicht, was ihm erst im Wege tatbestandserweiternder Analogie zugeordnet wird. In Hinblick auf SAX' Meinung zum strafrechtlichen Analogieverbot kann somit gesagt werden, daß die zur Begriffsbildung vertretene Auffassung zwar folgerichtig, aber nicht richtig ist.

Mit dem Hinweis, daß mittels Teleologie die äußerste Grenze des Wortsinns nicht bestimmt werden kann, ist die angedeutete Gefahr gebannt, durch teleologische Auslegung auf der Ebene des Wortsinns das Analogieverbot in dem hier verstandenen Sinn zu eliminieren. Es bleibt die Frage, wie der Wortsinn nun wirklich bestimmt werden kann.

3.) Sprache und Logik

Sucht man nach einer klaren, beweisbaren Methode, bleibt - da teleologisches Denken aus der Diskussion schon ausgeklammert ist - nur der Bereich der Logik. Damit ist das Problem "Sprache und Denken" angeschnitten ³⁾.

1) Festschr. f. H. Nottarp, S.144

2) vgl. oben S. 23 ff

3) vgl. hierzu NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.60 ff, 112 ff
HORN, Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.60 ff

a) Lebendige Sprache

Die Sprache ist "das bildende Organ des Gedankens" ¹⁾. Das Gedankengebäude kann gleichsam nur über die Treppe der Sprache betreten werden. Das Verhältnis von Sprache und Logik wird nun von VOSSLER ²⁾ an eben diesem Bild verdeutlicht: Die Sprache gebe Ansatz und Hilfe zum logischen Denken, sei aber selbst so wenig logisch wie die Treppe zum zweiten Stockwerk eines Hauses das zweite Stockwerk selbst. Sprache und Logik sind also etwas Verschiedenes ³⁾. Das nennt NEUMANN-DUESBERG ⁴⁾ für Dichtung und Phantasie einen Segen, für das Recht aber nachteilig, weil die Sprache an Stelle von Logik von "Zufall und Laune" bestimmt sei.

Die geschmeidige Fruchtbarkeit der Sprache gefährdet nach VIEHWEG ⁵⁾ das juristische System unablässig ⁶⁾.

b) Kunstsprache

HORN ⁷⁾ berichtet von dem Bemühen, aus diesem Grund die juristische Sprache ähnlich der naturwissenschaftlichen Formelsprache zu einer logischen Sprache umzugestalten ⁸⁾. Daß eine wissenschaftlich verformte und verengte Sprache eindeutig und logisch ist, kann nicht bestritten werden. Ob sie für die Jurisprudenz nützlich wäre, erscheint dagegen höchst zweifelhaft. Die

1) WILHELM VON HUMBOLDT zitiert nach NEUMANN-DUESBERG, a.a.O., S.61

2) zitiert nach NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.112

3) Das ist unstr.; vgl. HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.84; HATZ, Rechtssprache, S.66; NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.36 ff

4) a.a.O., S.113

5) TOPIK, S.60

6) BRECHER dagegen preist die Form der Sprache: Sie sei mehr als abstrahierte Grenzlinie und technisches Gefäß, gebe als bestimmende Kraft schöpferisch zeugend dem Inhalt erst sein So-Sein und mache ihn zu dem, was er ist. In der Sprachbezogenheit sieht BRECHER den Rang der Jurisprudenz, den Versuch, die Wirklichkeit in sprachbegriffliche Formulierungen einzufangen und jene durch diese zu beherrschen; Festschr.f. A.NIKISCH, S.227 f

7) Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.41

8) vgl. hierzu auch VIEHWEG, a.a.O. S.60/1 u. HASSEMER, Tatbestand u. Typus, S.19

Gesetzessprache will auch dem Nichtjuristen verständlich sein und muß "daher schließlich in Alltagsbegriffen enden" ¹⁾. Zudem ist jedes Gesetz in den Fluß der Zeit hineingestellt und vermag sich nur deshalb geschmeidig den sich ändernden Gegebenheiten anzupassen, weil der Wortsinn im Laufe der Zeit einem steten Wandel unterworfen ist. Eine künstliche Sprache aber würde wegen ihrer Starrheit und Eindeutigkeit nichts anderes erreichen als die Unveränderlichkeit des historischen Willens des Gesetzgebers.

Auf jeden Fall aber sind die gesetzlichen Straftatbestände bis heute in der Alltagssprache formuliert und auch wenn die Tatbestände in besonderem Maß an das juristische Problem gebunden sind, entbehren ihre Begriffe ebenso der Eindeutigkeit wie die der Alltagssprache generell ²⁾.

Damit ist die anfangs gestellte Frage bereits zu einem Teil beantwortet, ob der Wortsinn der Norm durch logische Mittel bestimmt werden kann. Die Sprache ist dogmatischen Erwägungen entzogen. HATZ sagt, der Wortsinn werde nicht "erzeugt", sondern "entdeckt" ³⁾.

Gegen die Leistungsfähigkeit des Wortsinns als festes und sicheres Abgrenzungskriterium für die Auslegung ist aber dennoch nichts gesagt. Es mag zwar zunächst der Eindruck entstanden sein, als sei der Wortsinn etwas Unfaßbares, dem Verstand völlig Entzogenes. Das aber hat seinen Grund allein darin, daß der Blickwinkel für die Erörterung durch das ausschließliche Bemühen um logische Bestimmbarkeit von Beginn an zu eng bemessen wurde. Der Rahmen für die folgende Erörterung muß daher erweitert werden, und zwar soll im folgenden die Diskussion auf den Bereich der Spracherfahrung erstreckt werden.

4.) Die Leistungsfähigkeit der Sprache im Bereich der Erfahrung

Wird jemand - um an den Ausgangsfall des § 223 a StGB anzuknüpfen - mit einem Gewehr, einer Pistole oder einem stehenden

1) HECK, Begriffsbildung, S.161

2) HECK, Begriffsbildung, S.161

3) Rechtsprache, S.66

Messer verletzt, gibt es keinen Zweifel, daß die Verletzung durch eine Waffe herbeigeführt worden ist. Oder: Schleicht ein Dieb sich zu mitternächtlicher Stunde in ein Gebäude ein, um zu stehen, ist klar, daß es sich um einen nächtlichen Diebstahl handelt, § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB.

Es ist offensichtlich, daß von den vielen ähnlichen Erscheinungen, die in einem Kollektivbegriff zusammengefaßt sind, stets ein Kreis vorhanden ist, dessen Zugehörigkeit zum Begriff ohne Zweifel ist. Es handelt sich dabei um den Bereich des sogenannten Begriffskerns ¹⁾. Fälle, die diesem Bereich angehören, lassen sich ohne Schwierigkeiten dem Begriff subsumieren. Das ist hinlänglich bekannt ²⁾. Unter dem hier interessierenden Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit des Wortsinns erhält der Begriffskern jedoch eine besondere Bedeutung. Da feststeht, welche Fälle von diesem Bereich umfaßt sind, kann der Kern des Begriffs definiert werden. Damit ist die Gesetzesanwendung in eine logische Bahn gelenkt.

Diese Feststellung muß jedoch eingeschränkt werden. Steht auf Grund der Definition fest, daß ein bestimmter Gegenstand eine Waffe im Sinne des § 223 a StGB ist, ist die Schlußfolgerung "der Täter soll nach § 223 a StGB bestraft werden" zwar logisch, es handelt sich aber nur um die Verbindung von Obersatz (Wer einen anderen mit einer Waffe verletzt, soll nach § 223 a StGB bestraft werden) und Untersatz (Der Täter hat jemanden mit einer Waffe verletzt) ³⁾. Die eigentliche Schwierigkeit liegt in der

1) vgl. hierzu ERDMANN, Bedeutung des Wortes, S.76; ENGEL, Einführung, S.108 ff; HECK, Begriffsbildung, S.156; NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.124

2) Kritisch hierzu soweit ersichtlich nur HORN (Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.65 ff). Er weist darauf hin, daß der Begriffskern nur dann einwandfreie Ergebnisse liefert, wenn durch den Satzsinn zuvor klargestellt wird, um welchen Begriff es sich überhaupt handelt: Pferd als Tier oder als Sportgerät? Das ist indes selbstverständlich, so schon HECK (Gesetzesauslegung, S.67, 96 ff)

3) zur sog. Syllogismustheorie vgl. ENGEL, Einführung, S.47 ff; LARENZ, Methodenlehre, S.195 ff

Gewinnung des Untersatzes ¹⁾: Handelt es sich um eine Waffe ? Die Möglichkeit, den Waffenbegriff zu definieren, gibt auch diesem Verfahren einen logischen Anstrich, weil exakt geprüft werden kann, ob etwas von der Definition erfaßt wird oder nicht. Die Definition selbst ist aber in ihrem Ansatz nicht logisch. Der Jurist muß, wenn er daran geht, etwas zu definieren, schon einen Begriff davon haben, was er definieren will ²⁾. Es ergebe sich die paradoxe Situation, sagt HATZ, nur definieren zu können, wenn ein Minimum an begrifflicher Bestimmtheit vorhanden ist. Die Begriffsbestimmung setze bereits einen unvollkommenen Begriff voraus. Das ist der Begriffskern, der in der "Vorstellung" stets schon vorhanden ist, z.B. das Wissen, daß Gewehr, Pistole und stehendes Messer Waffen sind oder Dunkelheit und Nachtruhe die Nachtzeit kennzeichnen.

Der Frage, wie diese "Vorstellung", das Wissen um den Inhalt des Begriffskerns, zustande kommt, soll hier nicht näher nachgegangen werden, sie greift in philosophische Gefilde über ³⁾. Für die hier interessierende Frage der Bestimmbarkeit des Wortsinns ist festzuhalten, daß die Sprache mit erstaunlicher Treffsicherheit durch jeden Begriff einen Kernbereich angibt, der bekannt ist und vorausgesetzt werden kann. Mit NEF ⁴⁾ wird man von der Erfahrung sprechen können, die diese Vorstellung ausmacht.

Die Bedeutung des Wortsinns als feste Abgrenzung für die Gesetzesinterpretation besteht nun darin, daß mit der gleichen Sicherheit festgestellt werden kann, daß ein Fall dem betreffenden Begriff *n i c h t* subsumiert werden kann. Schleicht der Dieb am helllichten Tag in ein Gebäude ein, um sogleich zu stehlen, handelt es sich ganz sicher nicht um einen nächtlichen Diebstahl: Die

1) LARENZ, a.a.O., S.210; HORN, Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.10; kritisch HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.18/19

2) HASSEMER, a.a.O., S.81; HATZ, Rechtssprache, S.50; KLUG, Festschrift f. C.A. Emge, S.42, 46

3) vgl. hierzu HEIDEGGER, Was heißt Denken, S.15

4) Gleichheit und Gerechtigkeit, S.52

ratio legis würde diesen Fall allerdings unter Umständen noch erfassen ¹⁾. Der Flugplatz als Tatort ist vom Begriff Bahnhof nicht umfaßt, die ratio legis reicht auch hier weiter und läßt sich in ihrem Ausmaß nicht genau bestimmen ²⁾.

Der Wortsinn umschließt also nicht nur einen Bereich, für den gewiß ist, daß bestimmte Fälle dem Begriff subsumiert werden können; mit der gleichen Sicherheit kann auch gesagt werden, daß andere Fälle von dem betreffenden Begriff nicht umfaßt werden. Die Leistungsfähigkeit des Wortsinns beruht also nicht auf der Logik der Sprache, sondern auf der Erfahrung, die sowohl den Kernbereich jedes Begriffs umfaßt wie auch den Bereich, der dem Begriff mit Sicherheit nicht mehr zugehört.

Für die folgende Untersuchung ist es wichtig festzuhalten, daß die Bestimmung des Wortsinns stets bei der Sprache ansetzt ³⁾, so daß jede Analyse des Wortsinns an die Erfahrung, das Sprachgefühl oder wie immer man die Vorstellung vom Inhalt der Sprache bezeichnen will, gebunden ist ⁴⁾. Aus der Spracherfahrung basiert der gesamte wissenschaftliche Überbau, soweit es darum geht, Rechtsbegriffe zu analysieren und Definitionen aufzustellen ⁵⁾. Zu keiner Zeit hat es an Untersuchungen zu der Frage gefehlt, wie der vom Wortsinn umfaßte Bereich durch Definitionen usw. wissenschaftlich aufbereitet werden kann ⁶⁾. Der Gesichtspunkt, wie die äußerste Grenze des Wortsinns, innerhalb derer nach der sachgerechten Entscheidung im Strafrecht nur gesucht werden darf, praktisch überhaupt zu erkennen ist, wurde jedoch vernachlässigt. Aus der Sicht des Analogieverbots gewinnt gerade diese Frage aber an Bedeutung. Das Wort als eine Art Liniennetz hat nicht nur in seinem Zentrum, sondern auch in den entfernteren Linien Bedeutungen ⁷⁾. Es gilt die Grenzen aufzuzeigen, die die weitesten

1) vgl. oben S. 60 f

2) vgl. oben S. 59 f

3) HATZ, Rechtssprache, S.41

4) vgl. HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.81

5) vgl. DOLLE, Stil und Rechtssprache, S.68; HATZ, a.a.O., S.40 ff
HORN, Rechtssprache, S.23/4; ders. Logik bei der Anwendung des Gesetzes, S.144 ff

6) vgl. z.B. SCHWINGE, Teleologische Begriffsbildung; GRONHUT, Begriffsbildung und Rechtsanwendung

7) NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.114

Verästelungen des Sprachgebrauchs dem jeweiligen Begriff ziehen. Die Leistungsfähigkeit der Sprache, die mit jeder Namensnennung schlagartig den Kernbereich eines Begriffs erhellt, und fernliegende Fälle sofort als vom Begriff nicht umfaßt kenntlich macht, hat gerade in diesem Bereich erhebliche Schwächen. Daß man mit der Ablehnung der ratio legis und der Anerkennung des Wortsinns als Abgrenzungskriterium für die Unterscheidung von Analogie und Auslegung tatsächlich nur das kleinere Übel dem größeren vorgezogen hat, wird an dem Bereich des sogenannten Begriffshofs sehr deutlich.

5.) Der Grenzbereich: Unmöglichkeit einer exakten Bestimmung des Wortsinns

a) Begriffshof und Richtigkeit der Entscheidung

Der Begriffshof liegt zwischen Begriffskern und dem eindeutig nicht mehr vom Begriff umfaßten Bereich ¹⁾. Hier liefert die Spracherfahrung keine eindeutigen Ergebnisse mehr ²⁾. Das Beispiel des nächtlichen Diebstahls (§ 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB) ist in besonderem Maß dazu geeignet, die Abgrenzungsschwierigkeiten in diesem Bereich darzutun.

Der Dieb schleicht nach Einbruch der Dunkelheit, aber noch vor Beginn der ortsüblichen Nachtruhe in ein Gebäude ein, um sogleich zu stehlen. Ob es sich hierbei um einen nächtlichen Diebstahl handelt, ist höchst zweifelhaft.

Man wird sagen können, daß allein die Ausnutzung der Dunkelheit die schwere Strafe rechtfertigt, weil die Schutzmöglichkeit des Gewahrsamsinhabers verringert ist: Der Dieb kann ungesehen zum Tatort gelangen und sich wieder entfernen ³⁾. Man wird aber auch sagen können, die Schutzbereitschaft des Gewahrsamsinhabers ist erst zur ortsüblichen Nachtruhe verringert: Solange die Bewohner noch auf sind, ist ihr Hab und Gut durch ihre Anwesenheit und

1)2) vgl. ERDMANN, Bedeutung des Wortes, S.76; HECK, Begriffsbildung, S.156; ENGISCH, Einführung, S.108 f; BAUMGARTEN (Recht und Methode, S.624) spricht von "Variabilitätszonen".

3) hierauf stellt das RG (Bd.3, 209) ab

Aufmerksamkeit gesichert ¹⁾. Die Meinungen in der Rechtslehre hierzu sind seit jeher geteilt ²⁾. Eine Lösung des Problems zeichnet sich nicht im geringsten ab. Schon BAUMGARTEN hat festgestellt, in dem Bereich der Begriffshöfe könne "nicht verhindert werden, daß sich verschiedene Menschen etwas Verschiedenes unter dem Begriff vorstellen".

b) Richtigkeit der Entscheidung und Grenze der Sprachsymbolik

Für das hier zu erörternde Problem des strafrechtlichen Analogieverbots interessiert der Bereich des Begriffshofs nun nicht unter dem Gesichtspunkt, wie die einzig richtige Entscheidung gefunden werden kann; gefragt ist vielmehr nach der Grenze des Wortsinns, die oftmals eine Vielzahl von Auslegungsmöglichkeiten einschließt.

Die Frage nach der einzig richtigen Entscheidung und die nach der Grenze des Wortsinns haben im Bereich des Begriffshofs jedoch insoweit eine Parallele, als beide Male eine ganz präzise Antwort erwartet wird.

Bei der Frage nach der einzig richtigen Entscheidung lautet sie: Von den vom Wortsinn der Norm her möglichen Entscheidungen a, b, c, d, e, f, usw. ist c die richtige.

Bei der Frage nach der Grenze des möglichen Wortsinns lautet die Antwort: Der Wortsinn umfaßt die Auslegungsmöglichkeiten a, b, c, d, e, f; der Fall g ist nicht mehr erfaßt. Da es oft unmöglich ist, mit letzter Sicherheit aus mehreren vertretbar erscheinenden Lösungsmöglichkeiten die richtige zu nennen, sollte es verwundern, wenn es bei dem gleichen unbestimmten Begriff möglich wäre, exakt zu bestimmen, wieviel Auslegungsmöglichkeiten genau der Wortsinn

1) hierauf stellt das OLG Celle (MDR 1952, 312) ab

2) vgl. MEZGER-BLEI, BT, S.145

3) Einige Autoren wenden sich "gegen die Fiktion, daß eine Rechtsnorm stets nur eine, die richtige Deutung zuläßt". Hierdurch wird jedoch nur noch deutlicher als es die h.M. tut zum Ausdruck gebracht, daß oftmals mit letzter Sicherheit nicht geklärt werden kann, welcher der mehreren möglichen Entscheidungen der Vorzug zu geben ist; vgl. ZIPPELIUS, NJW 1964, 1983 u. FuBn.21

eröffnet und ob im Zweifel ein Fall im Gesetz "gar keinen" oder doch wenigstens einen unvollkommenen, zweideutigen, dunklen" Ausdruck gefunden hat ¹⁾. Die Zweifel an einer präzisen Bestimmung des Wortsinns werden durch praktische Beispiele bestärkt.

Die unsicheren Randzonen vieler Rechtsbegriffe stechen besonders hervor, wenn die Begriffe ein quantitatives Moment enthalten ²⁾. LENCKNER führt als Beispielsfall den Begriff des Verkehrsunfalls an, zu dem gehört, daß ein nicht ganz unerheblicher Schaden entstanden ist. Die Frage, wo die Grenze verläuft, bei 2, 5, 10, 15 oder 20 DM, lasse sich mit letzter Sicherheit nicht klären ³⁾. LENCKNER spricht damit die Richtigkeit der Entscheidung an. Sein Ziel, von dem er resignierend feststellt, daß es nicht erreicht werden kann, war eigentlich die Erkenntnis, daß es sich mit absoluter Sicherheit erst dann um einen Verkehrsunfall handelt, wenn ein Schaden von X,- DM entstanden ist.

Vom Wortsinn her erscheinen indes mehrere Lösungen möglich und vertretbar. Solange sich eine Entscheidung nun innerhalb dieses Rahmens hält, der die vertretbar erscheinenden Lösungen umschließt, handelt es sich um Auslegung, gleichgültig, welcher Lösung im Einzelfall der Vorzug gegeben wird. Insoweit kann auf die im 1. Teil der vorliegenden Arbeit gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Für die Bestimmbarkeit der äußersten Grenze des Wortsinns würde es nun genügen, wenn in dem genannten Beispielsfall das untere Limit bestimmt werden könnte (etwa 5,- DM) und damit feststünde, daß jeder Schaden unterhalb dieses Betrages selbst nach dem weitesten Sprachgebrauch nicht mehr als Unfall zu werten wäre. Aber ebensowenig wie mit absoluter Sicherheit gesagt werden kann, die einzig richtige Entscheidung habe sich auf einen Schadensbetrag von 10,- DM festzulegen, läßt sich mit letzter Sicherheit feststellen, von einem Betrag von 5,- DM an aufwärts sei jede Entscheidung, in der ein Verkehrsunfall bejaht wird, vom Wortsinn her jedenfalls möglich und vertretbar, bei einem Betrag unter 5,- DM dagegen handele es sich mit Sicherheit nicht um einen Verkehrsunfall.

1) so unterscheidet MERKEL, Die Lehre vom Verbrechen, S.358, Analogie und Auslegung

2)3) LENCKNER, JuS 1968, 256

Erst wenn man immer geringere Unfallfolgen betrachtet und sich damit immer niedrigeren Schadensbeträgen nähert, wird klar, daß es sich mit Sicherheit um keinen Unfall mehr handelt, z.B. wenn Lackkratzer verursacht worden sind, die mit dem bloßen Auge gar nicht wahrgenommen werden können. Dann aber ist der Bereich des Begriffshofs längst verlassen und der Bereich erreicht, in dem wieder mit Sicherheit davon gesprochen werden kann, daß ein Fall von dem in Rede stehenden Begriff nicht mehr erfaßt wird.

An dem von LENCKNER übernommenen Beispiel deutet sich folgendes an: Im Bereich des Begriffshofs ist nicht nur die Grenze zwischen der einzig richtigen und den nur möglicherweise richtigen Entscheidungen fließend mit der Folge, daß nicht mit Sicherheit geklärt werden kann, welche die allein richtige Entscheidung ist; vielmehr hat auch diejenige Grenze einen fließenden Übergang, die den vom Wortsinn umfaßten Bereich von dem selbst vom weitesten Sprachgebrauch nicht mehr erfaßten trennt. Was LENCKNER in Hinblick auf die Richtigkeit der Entscheidung sagt, scheint auch für die Bestimmbarkeit des Wortsinns im Bereich der Begriffshöfe Geltung zu haben: Es bleibt ein Restbereich, in dem alle Bemühungen vergeblich sind ¹⁾.

Daß dies in der Tat so ist und auch nicht etwa nur auf Begriffe beschränkt, die ein quantitatives Moment enthalten, wird an dem oben dargelegten Streit um § 223 a StGB deutlich. BAUMANN ²⁾, ENGISCH ³⁾ und ARTHUR KAUFMANN ⁴⁾ meinen, der Wortsinn verbiete die Einbeziehung chemisch wirkender Mittel in den Tatbestand des § 223 a StGB ⁵⁾. Nach h.M. dagegen deckt der Wortsinn auch solche Fälle. Der Streit geht also um die äußerste Grenze des Wortsinns.

Bei dem oben gegebenen Überblick über die Entwicklung des § 223 a StGB wurde darauf hingewiesen, daß für keine der beiden Ansichten eine überzeugende Begründung gegeben wird. Dabei schwang der Vorwurf mit, daß man richtigerweise eine Begründung

1) LENCKNER, JuS 1968, 256

2) MDR 1958, 395

3) Einführung, S.149

4) Analogie, S.21

5) BAUMANN und ENGISCH äußern zwar nur Bedenken, die aber eindeutig in die Richtung verbotener Analogie weisen, vgl. oben S. 148

hätte geben müssen ¹⁾. Nach den jetzigen Ausführungen zur Bestimmbarkeit des Wortsinns ist jedoch klar geworden, daß man sich in einer Situation akuter Beweisnot befindet. Weil es um die äußerste Grenze des Wortsinns geht, führt der Versuch einer exakten Bestimmbarkeit auf ein Gebiet (Begriffshof), in dem eine präzise Antwort praktisch unmöglich ist. Von keiner der beiden Ansichten läßt sich mit letzter Sicherheit beweisen, welche die richtige ist. Der Hinweis auf die ratio legis, mag er noch so treffend sein, zeigt die Grenze des Wortsinns nicht auf. Das wurde oben dargestellt, hierauf kann verwiesen werden ²⁾.

Ebensowenig vermag eine logische Begründung ein sicheres Ergebnis zu liefern. Ein logisches Verfahren kann innerhalb des vom Wortsinn umschlossenen Bereichs entscheidend zur Begriffsbestimmung beitragen; die Grenze des Wortsinns selbst kann es nicht festlegen. Auch insofern kann auf das oben Gesagte verwiesen werden ³⁾. Ob bei diesem Fall von Analogie oder Auslegung gesprochen werden muß, bleibt aus den angeführten Gründen höchst zweifelhaft.

c) Maßstab für die Mehrdeutigkeit des Wortsinns

Die soeben getroffene Aussage, es sei nicht möglich, das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein verbotener Analogie nachzuweisen, beruht zugegebenermaßen auf einem sehr strengen Maßstab, was die Mehrdeutigkeit des Wortsinns betrifft. Theoretisch wäre es möglich, in diesem Fall von Mehrdeutigkeit allein deswegen zu sprechen, weil es tatsächlich eine engere und eine weitere Auffassung gibt. Man könnte die Mehrdeutigkeit des Wortsinns gleichsam statistisch oder quantitativ verstehen: Diejenige Meinung, die die Grenze des Wortsinns am weitesten zieht, setzt tatsächlich die äußerste Grenze fest. Da es für die Bestimmbarkeit des Wortsinns auf den Sprachgebrauch ankommt, hat diese Methode durchaus

1) vgl. oben S. 141 ff

2) vgl. oben S. 155 ff

3) vgl. oben S. 157 ff

etwas für sich. Nur würde sie einen für das Analogieverbot ganz entscheidenden Faktor außer Betracht lassen. Über die Grenze des Wortsinns kann man sich irren, sie aus Versehen überschreiten oder gar bewußt übergehen. Man denke nur an die Auffassung KNODELs und DANCKERTs, die unbestimmten Rechtsbegriffe ließen vom Wortsinn her alle überhaupt nur denkbaren Interpretationen zu ¹⁾. Gegen das im 1. Teil dieser Arbeit zitierte Urteil aus der DDR, das ein Pfeifen aus Protest als Widerstand gegen die Staatsgewalt wertete (Pfeifen sollte einem Zuschlagen gleichkommen) ²⁾, würden sie sonach vom Wortsinn des Gewaltbegriffs nichts einzuwenden haben, obgleich dieses Urteil offenkundig auf verbotener Analogie beruht.

Wollte man nun die Mehrdeutigkeit des Wortsinns in dem oben dargelegten Sinn statistisch oder quantitativ verstehen, müßte die Ansicht KNODELs und DANCKERTs berücksichtigt werden mit der Folge, gegen das zitierte Urteil aus dem Gesichtspunkt des Analogieverbots nichts einwenden zu können, da der Wortlaut ihrer Meinung nach diese Entscheidung deckt.

Daran wird deutlich, daß die äußerste Grenze des Wortsinns nicht in dem oben dargelegten Sinn verstanden werden darf. Eine Entscheidung wird als vom Wortsinn erfaßt nur dann angesehen werden können, wenn dies - falls es bestritten wird - nachgewiesen werden kann. Nur so werden die oben genannten Folgen der statistischen Methode vermieden. Demgemäß ist in den Entscheidungsgründen und Stellungnahmen des Schrifttums auch nie die Rede davon, daß nach Meinung des Gerichts oder des jeweiligen Verfassers der Wortsinn der Norm in diesem oder jenen Sinn zu verstehen ist. Vielmehr wird der Wortsinn an sich und losgelöst von der persönlichen Sprachvorstellung als etwas objektiv Vorhandenes dargestellt. Es wird von d e m oder dem a l l g e m e i n e n Sprachgebrauch gesprochen ³⁾.

Für den um den Wortsinn des § 223 a StGB entbrannten Streit bedeutet das: Allein die Tatsache konträrer Auffassungen beweist

1) vgl. oben S. 136 ff

2) vgl. oben S. 69 f

3) vgl. BGHSt 1, 2/3; BAUMANN, MDR 1958, 394 ff

nicht die tatsächliche Mehrdeutigkeit des Wortsinns, denn die Vertreter der engeren Auffassung verneinen das Vorhandensein eines weiteren Sprachgebrauchs. Die unterschiedlichen Auffassungen addieren sich also nicht zur offensichtlichen Mehrdeutigkeit, sie stehen sich vielmehr konträr gegenüber und ziehen die äußerste Grenze des Wortsinns verschieden weit. ;

d) Fazit der Untersuchungen

Die oben ausgesprochene Vermutung hat sich bestätigt. In demselben Maß, wie die Grenzen zwischen Begriffskern und Begriffshof unter dem Gesichtspunkt der "richtigen Entscheidung" ineinander fließen und der Bereich einer sicheren, am Wortsinn orientierten Auslegung allmählich in den Bereich vieldeutiger Interpretationsmöglichkeiten übergeht, ist auch die Grenze fließend, die den vom weitesten Sprachgebrauch noch umfaßten Bereich von demjenigen trennt, in dem die Symbolkraft des Wortes vollends erloschen ist ¹⁾. Der Sprachgebrauch des täglichen Lebens, sagt DAHM, sei in zahllosen Fällen einfach nicht festzustellen ²⁾. HELLMUTH MAYER stellt fest, das Element des objektiven Sprachsinns gebe keinerlei Sicherheit ³⁾. ENGISCH nennt die Bestimmung der Grenze "häufig unsicher" ⁴⁾. ADOLF MERKEL hat das Problem mit folgendem Bild trefflich gekennzeichnet: "Unsere theoretischen Abgrenzungen haben ... etwas von den Grenzen auf unseren Landkarten, deren lineare Bestimmtheit und Augenfälligkeit sich in der Natur nicht widerspiegelt" ⁵⁾. Es gibt demnach einen Bereich, in dem kein Beweis möglich ist, ob ein Fall vom Wortsinn noch gedeckt ist oder selbst der weiteste Sprachgebrauch diesen Fall nicht mehr erfaßt ⁶⁾.

1) so DAHM, Die Zunahme der Richtermacht, S.8

2) MonKrimPsych 1931, S.764/5

3) AT 1953, S.84; ebenso NAUCKE, Lehre vom strafbaren Betrug, S.194

4) Einführung, S.149

5) zitiert nach GRUNHUT, Begriffsbildung und Rechtsanwendung, S.16

6) vgl. HELLER, Logik und Axiologie, S.138

6.) Auswirkung des vom Wortsinn her nicht zu klärenden Bereichs
auf die Rechtsfindung im allgemeinen

Für die meisten Rechtsdisziplinen hat nun die Tatsache eines vom Wortsinn her nicht eindeutig zu klärenden Bereichs keinerlei praktische Folgen. Hier hat schon BAUMGARTEN den Weg gewiesen, der heute allenthalben beschritten wird: "Die ... Wissenschaft erkennt die Unvermeidlichkeit der Variabilitätszonen ¹⁾ und sucht darauf hinzuwirken, daß bei der Anwendung des Rechts die Worte des Gesetzes in dem Sinne genommen werden, der unter teleologischen Gesichtspunkten das beste Ergebnis liefert" ²⁾. Das bedeutet, eine sachgerechte Entscheidung kann auch ohne genaue Bestimmung des Wortsinns getroffen werden. In demselben Maß wie die teleologische Gesetzesinterpretation weiterhilft, wo der Wortsinn mehrdeutig ist, vermag mit Hilfe der Teleologie auch dort eine sachgerechte Entscheidung herbeigeführt zu werden, wo unklar ist, ob der zu entscheidende Fall überhaupt vom Wortsinn der Norm noch umfaßt ist ³⁾.

Beide Fälle werden nicht auseinandergehalten ⁴⁾, weil es letztlich gleichgültig ist, ob sich die Entscheidungen im Rahmen des durch den Wortsinn abgesteckten Bereichs halten oder nicht. LARENZ nennt die Präzisierung der mit unscharfen Rändern versehenen Rechtsbegriffe schlechthin eine "verdeckte Rechtsfortbildung", trennt in diesem Bereich also Auslegung und Rechtsergänzung nicht scharf voneinander ⁵⁾. Der Grund hierfür ist in der Tatsache zu sehen, daß sich die Grenze in diesem Bereich praktisch verwischt ⁶⁾.

Wortsinn, Zweck und Interesse nennt BRECHER "wechselnde Gestalten, Meta- und Pseudomorphosen desselben Prinzips. Wenn sie anscheinend

1) Hiermit ist der Bereich des Begriffshofs gemeint

2) Recht und Methode, S.624

3) vgl. HECK, Gesetzesauslegung, S.101

4) vgl. ZIPPELIUS, NJW 1964, 1981 ff

5) NJW 1965, 1/2

6) Grundsätzlich anerkennt LARENZ den Wortsinn als Auslegungsgrenze; Methodenlehre, S.243/4

so feindlich aufeinandergehen" könne es geschehen, daß sie "unversehens mit vertauschten Rollen weiterbestehen" ¹⁾.

Für den Bereich der Begriffshöfe jedenfalls kann und muß BRECHER zugestimmt werden. Vermittelt die Spracherfahrung keine eindeutigen Ergebnisse mehr, verweben Wortsinn und ratio legis derart miteinander, daß ihre möglicherweise unterschiedlichen Grenzen nicht mehr wahrgenommen werden können. Die Grenzfälle, bei denen nicht geklärt werden kann, ob sie vom (mehrdeutigen) Wortsinn noch gedeckt sind, werden sonach teils im Wege der Auslegung und teils durch Rechtsergänzung gelöst, je nachdem, ob die getroffenen Entscheidungen tatsächlich über den Wortsinn hinausgehen oder nicht.

7.) Folgen für das Analogieverbot

An dieser Stelle muß gefragt werden, ob nicht das Analogieverbot den von den Methodologen gewiesenen Weg einer Vermischung von Auslegung und Rechtsergänzung praeter legem im Bereich der Begriffshöfe für das Strafrecht sperrt.

Solange sich die teleologische Gesetzesinterpretation im Rahmen des weitesten Sprachgebrauchs hält, verläuft die Auslegung innerhalb der ihr vom Wortsinn der Norm gezogenen Grenze. Anders ist es, wenn nicht geklärt werden kann, ob der zu entscheidende Fall überhaupt noch vom Wortsinn umfaßt ist. Hier kann in dem dargestellten Grenzbereich nicht bewiesen werden, daß die Entscheidung sich noch im Rahmen der Auslegung hält. In diesem Bereich wird also möglicherweise verbotene Analogie angewandt. Möglicherweise hält sich die Entscheidung aber auch innerhalb des durch den Wortsinn abgesteckten Bereichs.

a) Die dem möglichen Wortsinn von der herrschenden Meinung gegebene Deutung

Die eben gewählte Formulierung von der m ö g l i c h e r w e i -
s e angewandten Analogie legt es nahe, nach der Deutung zu fragen, die die h.M. dem möglichen Wortsinn gibt.

1) Festschr. f. A.Nikisch, S.241

Schon SCHWINGE ¹⁾ hatte gefordert, die gewählte Entscheidung müsse mit "dem reinen Wortsinn noch in Einklang stehen". In diesem Sinn wird auch heute der mögliche Wortsinn allenthalben verstanden. SCHRÖDER ²⁾ bezeichnet die "äußerste begriffliche Grenze" des Tatbestands als die Grenze der Interpretation. ENGISCH ³⁾ sagt, jenseits der Grenze des Wortsinns gebe es keine Auslegung, sondern nur verbotene Analogie. Deutlich in diesem Sinne auch BLEI: Es handele sich um unzulässige Analogie, wenn ein bestimmter Anwendungsfall nicht mehr unter den Wortsinn der Vorschrift falle ⁴⁾. Es wird also ausnahmslos gefordert, der zu entscheidende Fall müsse vom vorhandenen (weitesten) Sprachgebrauch tatsächlich noch umfaßt sein. Möglich bedeutet, die Entscheidung muß vom Sprachgebrauch her in diesem oder jenem Sinn möglich sein. Es reicht nicht aus, daß sie nur möglicherweise vom Wortsinn der Norm noch gedeckt ist. Diese Auffassung verdient Zustimmung; sie entspricht der oben geäußerten Ansicht, daß von Mehrdeutigkeit des Wortsinns nur gesprochen werden darf, wenn diese nachweislich vorhanden ist und nicht schon, wenn Mehrdeutigkeit nur behauptet wird.

Damit ist die Diskussion ins Stocken gekommen. Es wird strikte Befolgung des Analogieverbots gefordert, obwohl es in dem genannten Grenzbereich nicht möglich ist, Analogie und Auslegung scharf voneinander zu trennen. Obgleich die Lehre vom Begriffskern und Begriffshof allenthalben vertreten und die Unmöglichkeit exakter Grenzziehung vielfach anerkannt wird ⁵⁾, findet sich nirgends ein Hinweis, daß sich dies bei der Frage nach dem Vorhandensein verbotener Analogie irgendwie auswirkt.

1) Teleologische Begriffsbildung, S.48

2) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn.45

3) Einführung, S.104, ebenso DANCKERT, Analogie, S.107

4) MEZGER-BLEI, AT, S.29

5) vgl. -oben S.169

b) Festhalten am Analogieverbot trotz eines Bereichs
mangelnder Bestimmbarkeit des Wortsinns

Die mangelnde Bestimmbarkeit des Wortsinns in dem genannten Bereich macht es sogar notwendig, das im 1. Teil dieser Arbeit in Anlehnung an die h.M. bejahte Analogieverbot erneut zu prüfen und zu bestätigen.

Hinge das Verbot nämlich von der exakten Grenzziehung und der Beweisbarkeit von de-facto-Analogie in dem Bereich ab, in dem mit letzter Sicherheit die Grenze des Wortsinns nicht festgelegt werden kann, bliebe nur das Eingeständnis übrig, das SCHOPENHAUER in folgende Worte kleidet: "Was in der Theorie richtig ist, muß auch in der Praxis zutreffen: Trifft es nicht zu, so liegt ein Fehler in der Theorie, irgend etwas ist übersehen und nicht in Anschlag gebracht worden, folglich ist's auch in der Theorie falsch" ¹⁾.

Die Gegner des Analogieverbots jedenfalls lehnen es aus dem Grunde seiner praktischen Undurchführbarkeit ab. Die Auffassung der Gegner, insbesondere die ARTHUR KAUFMANNS hierzu, wurde oben dargestellt ²⁾.

Hier ist die Stellungnahme HASSEMERs, eines Schülers ARTHUR KAUFMANNS, hinzuzufügen. Obwohl das Analogieproblem seine Arbeit nur am Rande berührt, bringen die wenigen Sätze hierzu deutlich zum Ausdruck, was eben angedeutet worden ist. Die Befürworter des Analogieverbots, sagt HASSEMER ³⁾, hätten geglaubt, mit dem Verbot etwas "Exaktes" gefunden zu haben, um die Garantiefunktion des Tatbestands eindeutig zu gewährleisten. Es habe sich aber herausgestellt, daß dieses "Exakte" nicht vorhanden sei. Aus diesem Grund lehnt er das Analogieverbot im herkömmlichen Sinne gänzlich ab und schließt sich der Meinung ARTHUR KAUFMANNS an ⁴⁾. So einleuchtend dieser Gedankengang auf den ersten Blick auch zu sein scheint, er vermag schließlich doch nicht zu überzeugen. Aufmerksamkeit erregt die Argumentation im Grunde nur deshalb,

1) zitiert nach ERDMANN, Die Kunst Recht zu behalten, S.120

2) vgl. oben S. 94 f

3) Tatbestand und Typus, S.162/3

4) a.a.O., S.160 ff

weil ein Punkt in der Gedankenführung der h.M. entdeckt worden ist, der widersprüchlich anmutet oder dessen Folgen jedenfalls noch nicht genügend bedacht worden sind. Dieser Punkt ändert jedoch an der grundsätzlich richtigen Linie der h.M. nichts. Wenn SAX wegen der vielfach zugestandenen Unmöglichkeit einer exakten Grenzziehung von der "eingestandenen Ungeeignetheit des Gesetzeswortlauts zur ... Begrenzung der Auslegung" spricht ¹⁾, so ist das falsch.

Der mit letzter Sicherheit nicht bestimmbare Bereich des Wortsinns ist, wie oben dargestellt, zwischen dem sogenannten Begriffshof und dem Bereich angesiedelt, für den feststeht, daß ein Fall nicht mehr von dem in Rede stehenden Begriff erfaßt wird. Die Zone der Unsicherheit ist somit von Bereichen sicheren Wissens umgeben. Unklarheit besteht nur bei solchen Fällen, die nicht allzu weit vom klar erkennbaren Wortsinn entfernt sind. Von einer gewissen Entfernung an - vom Begriffshof ab gemessen -, steht wieder mit Sicherheit fest, daß Fälle dem Begriff nicht mehr subsumiert werden können. Es sei in diesem Zusammenhang auf die oben angeführten Beispielsfälle verwiesen: Diebstahl am helllichten Tag im Verhältnis zu § 243 Abs. 1 Nr. 7 StGB ²⁾, Pfeifen aus Protest in Beziehung zu § 113 StGB ³⁾, "Gewalt" ohne daß sie auf das "Opfer" physisch wirkt ⁴⁾ oder Gleichsetzung eines Kraftfahrzeugs mit einem bespannten Fuhrwerk ⁵⁾. Der Sprachgebrauch bildet somit auf jeden Fall einen wirksamen Schutz gegen eine allzu weite Ausdehnung der Tatbestände. Bei Fällen, die weder dem Begriffskern noch dem Begriffshof zugehören, sperrt der Wortsinn - sofern man ihn als Auslegungsgrenze überhaupt anerkennt - die Einbeziehung in den jeweiligen Tatbestand. Jedes erhebliche Abweichen von dem, was der Gesetzgeber unmittelbar angeordnet hat, kann also mit Hilfe der Spracherfahrung festgestellt werden.

1) Analogieverbot, S.81

2) vgl. oben S.59 ff

3) vgl. oben S.69 ff

4) vgl. oben S. 134 f

5) vgl. oben S. 133 f

An dieser Stelle wird die bedeutsame Funktion der Spracherfahrung als Schutz gegen willkürliche Rechtsprechung deutlich. Der variablen, manipulierbaren ratio legis steht die Sprache als eine der Logik und Teleologie entzogene Größe gegenüber. Wegen dieser Unabhängigkeit ist die Sprache nicht manipulierbar. Wäre sie an Logik und Teleologie gebunden, könnte der Wortsinn in dem Maße wie die ratio legis gebogen, gerichtet und auch uferlos ausgedehnt werden. Der vielfach beklagte Mangel an Exaktheit (im Sinne von logischer Bestimmbarkeit) ¹⁾ ist in Wirklichkeit ein Grund dafür, warum Sprache, Spracherfahrung und Wortsinn überhaupt einen so sicheren Schutzwall gegen eine unübersehbare Ausweitung der Tatbestände bilden ²⁾. Wo der in den Vordergrund gestellte Gedanke eines lückenlosen Rechtsschutzes die teleologische Gesetzesinterpretation auch bei erheblicher Ausweitung des Tatbestands unter Umständen noch als vertretbar erscheinen läßt, gebietet der Wortsinn Einhalt.

Es ist daher trotz des oben dargestellten Bereichs der Unsicherheit am Verbot analoger Rechtsfindung praeter legem grundsätzlich festzuhalten, weil von dem unklaren Teil des Begriffshofs nur relativ harmlose, weil in der Nähe des Begriffskerns liegende Fälle erfaßt werden, während vom Wortsinn weit entfernt liegende Fälle vom Sprachgebrauch her als mit Sicherheit vom Tatbestand nicht erfaßt erkannt werden können.

Den Gegnern des Verbots ist zuzugeben, daß mit dem Wortsinn in der Tat kein exakter Maßstab für richtige Entscheidungen gefunden ist ³⁾. Die unter diesem Gesichtspunkt geführte Diskussion engt aber in unzulässiger Weise den Blickwinkel ein und übersieht die mit dem Verbot bezweckte Garantie vor willkürlicher Rechtsprechung. Mit dieser Feststellung ist zugleich die anfangs gestellte Frage beantwortet, wie es zu erklären ist, daß trotz

1) vgl. NEUMANN-DUESBERG, Sprache im Recht, S.113; VIEHWEG, Topik, S.60

2) Es ist daher nicht richtig, wenn H.MAYER (AT, S.36) und NAUCKE (Lehre vom strafbaren Betrug, S.204) den objektiv gedeuteten Wortsinn als Auslegungsgrenze mit der Begründung ablehnen, der Wandel des Sprachgebrauchs sei logisch nicht bestimmbar.

3) vgl. HASSEMER, Tatbestand und Typus, S.162/3

des generellen Wissens um das Vorhandensein von de-facto-Analogie oft nicht mit Sicherheit geklärt werden kann, in welchen konkreten Fällen der Rahmen der Auslegung überschritten wurde ¹⁾.

Warum das so ist, ja warum das so sein muß, ist inzwischen klar geworden. Weil in dem oben beschriebenen Bereich die Grenze des Wortsinns nicht präzise bestimmt werden kann und die Spracherfahrung verschiedenen Personen unterschiedliche Auffassungen vermittelt, wird es stets Fälle mit unterschiedlichen Lösungsvorschlägen hinsichtlich der äußersten Grenze des Wortsinns geben, ohne daß durch ein Abwägen der Argumente die unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots einzig richtige Entscheidung im logischen Verfahren ermittelt werden kann.

Da der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze von der überwiegenden Rechtslehre anerkannt wird, sind sogar die meisten der unter dem Aspekt des Wortsinns strittigen Fälle in diesem Grenzbereich angesiedelt, denn die offensichtlich nur mittels Analogie praeter legem unter einen Straftatbestand zu zwingenden Fälle werden gar nicht erst Gegenstand der Diskussionen.

Würden die Gegner des Analogieverbots die h.M. akzeptieren, bliebe als Gegenstand eines möglichen Streits nur die Gruppe der vom Wortsinn her tatsächlich zweifelhaften Fälle übrig. Je fester sich das Analogieverbot demnach in Lehre und Rechtsprechung verankert, desto mehr wird sich der Streit auf Fälle konzentrieren, bei denen nicht bewiesen werden kann, ob sie entweder im Rahmen der Auslegung lösbar sind oder nur mittels Analogie praeter legem dem betreffenden Tatbestand zugeordnet werden können.

Diese auf den ersten Blick seltsam klingende Aussage verliert alles Befremdliche, wenn man sich klar macht, daß mit der Konzentration und Beschränkung des Streits auf die eng um die äußerste Grenze des Wortsinns gruppierenden Fälle das Analogieverbot seine wesentliche Funktion bereits erfüllt hat. Dann nämlich kommt eine analoge Anwendung für alle vom Wortsinn weiter entfernten Fälle nicht in Betracht, womit die Gefahr einer uferlosen Ausdehnung der Tatbestände gebannt und jedem Versuch, mittels Analogie die Tatbestandsgarantie zu unterlaufen und den nullum-crimen-

1) zur Fragestellung vgl. oben S. 112 ff

Grundsatz auszuhöhlen, bereits der Weg versperrt ist. Dies muß man im Auge behalten, wenn es nun um die Beantwortung der noch verbliebenen Frage geht, wie die vom Wortsinn nicht eindeutig umfaßten Fälle einer Lösung zugeführt werden können. Ist eine Entscheidung unzulässig, wenn sie möglicherweise Analogie enthält ? Oder ist sie zulässig, weil Analogie nicht nachweisbar ist ?

c) Eigener Lösungsvorschlag

Heute ist allenthalben anerkannt, daß der Richter auftauchende Zweifel bei der Auslegung nicht nach dem nur für die Beweiskürdigung geltenden Grundsatz 'in dubio pro reo' zu lösen hat ¹⁾. Gegebenenfalls, hat er auch eine für den Angeklagten ungünstige Entscheidung zu treffen.

Dieser Grundsatz hilft in der vorliegenden Frage indes nicht weiter. In den vom Wortsinn her nicht exakt zu bestimmenden Grenzbereich ist gerade ungewiß, ob eine Entscheidung überhaupt im Rahmen der Auslegung möglich ist. Die Gefahr, möglicherweise die Grenze der Auslegung zu überschreiten, scheint auf den ersten Blick sogar dafür zu sprechen, im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten von einer solchen Entscheidung abzusehen; denn aus der Schutzfunktion des Analogieverbots als Filter gegen im Gesetz unmittelbar nicht angeordnete Entscheidungen könnte man folgern, der Rechtsunterworfenen dürfe auch der Gefahr einer Analogieentscheidung nicht ausgesetzt werden.

In diesem Sinn äußert sich BAUMANN. Er weist auf die seiner Meinung nach bestehende Gefahr hin, die durch die Tendenz in der Rechtsprechung entstanden ist, Straftatbestände bis an die Grenze des Zulässigen auszudehnen ²⁾.

Ob die Rechtsprechung aus mancherlei Gründen besser daran täte, die Tatbestände nicht bis zur äußersten Grenze ihrer Tragfähigkeit zu belasten, darf mit der Frage nach der Durchführung des Analogieverbots jedoch nicht verwechselt werden. Art.103 Abs. 2 GG verbietet die volle Auslastung der Straftatbestände nicht; daher kann

1) vgl. statt vieler HARALD PETERS, in dubio pro reo, S.43

2) AT, S.140

entgegen BAUMANN von einer Aushöhlung des Analogieverbots nicht gesprochen werden, wenn die Rechtsprechung diesen Rahmen ausschöpft. Das gibt im Grunde BAUMANN selbst zu, wenn er sich dagegen wendet, die Tatbestände bis zur äußersten Grenze des Zulässigen ¹⁾ auszudehnen.

Die für eine grundsätzlich restriktive Auslegung angeführten Argumente können daher nicht auf Art. 103 Abs. 2 GG gestützt werden, mögen sie auch noch so treffend sein. Die Problematik des vom Wortsinn her nicht exakt bestimmbar Bereichs spitzt sich ausschließlich auf die Frage zu, wie die in diesem Grenzbereich angesiedelten Fälle unter dem Aspekt des nullum-crimen-Grundsatzes zu entscheiden sind. Damit die vielen unterhalb der Verfassungsebene für eine grundsätzlich restriktive Auslegung angeführten Gründe nicht mit der verfassungsrechtlichen Problematik des Art. 103 Abs. 2 GG vermenget werden, soll daher gefragt werden, wie zu entscheiden ist, wenn jemand ein gegen ihn ergangenes Urteil im Wege der Verfassungsbeschwerde beruhe auf verbotener Analogie. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Revisionsinstanz mit der Pflicht unbeschränkter Nachprüfbarkeit; es prüft die angegriffene Entscheidung ausschließlich auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG hin nach ²⁾.

Fest steht, daß die angegriffene Entscheidung des Strafgerichts aufgehoben werden muß, wenn diese nachweislich gegen das Verbot tatbestandserweiternder Analogie verstößt. In dem genannten Bereich ist dieser Hinweis nun nicht zu erbringen. Die Entscheidungen halten sich, auch wenn die Auslegungsgrenze überschritten ist, hart an der Grenze des Wortsinns. Die Entfernung von der äußersten Grenze des Wortsinns ist so gering, daß Analogie nie nachweisbar, im Gegenteil die Beachtung des Analogieverbots stets möglich erscheint.

Die nach § 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz gebotene Nachprüfung der angegriffenen Entscheidung wird also unmöglich, weil ein praktikabler Kontrollmaßstab fehlt, an dem gemessen werden könnte, ob eine in dem genannten Grenzbereich gefallte Entscheidung auf verbotener Analogie beruht oder nicht.

1) Hervorhebung des Verfassers

2) vgl. oben S. 85 ff

Mit der Möglichkeit, die angegriffene Entscheidung im Zweifel aufzuheben, wäre nichts gewonnen. Das Bundesverfassungsgericht würde ein unter dem Gesichtspunkt des Analogieverbots problematisches Urteil des Strafgerichts durch ein ebenso problematisches oder wegen der geringeren Sachnähe zu strafrechtlicher Problematik noch fragwürdigeres Urteil ersetzen.

Also bleibt die Möglichkeit, die Strafurteile bestehen zu lassen, wenn verbotene Analogie nicht nachweisbar ist. Erachtet das Bundesverfassungsgericht in einem solchen Fall die gegen das Strafurteil gerichtete Verfassungsbeschwerde als unbegründet, erkennt es damit nur die in der Natur der Sache liegenden Grenzen der Rechtskontrolle an. Daß der Verurteilte in seinem Recht des Art. 103 Abs. 2 GG verletzt ist, ist nicht ersichtlich, also hat das Strafurteil Bestand. Dieses Ergebnis stimmt mit der im Verwaltungsrecht entwickelten Lehre vom Beurteilungsspielraum überein ¹⁾.

Dort geht es kurz gesagt um die Frage, inwieweit sich die Tatsache mehrerer gleichermaßen vertretbar erscheinender Lösungsmöglichkeiten bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe mit dem Gebot der vollständigen gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsakten - Art. 19 Abs. 5 GG - vereinbaren läßt. Die absolut h.M. verbietet in engen Grenzen die gerichtliche Korrektur von Behördenentscheidungen, wenn mangels eines verbindlichen Kontrollmaßstabs nicht nachgewiesen werden kann, welche der mehreren möglich und vertretbar erscheinenden Lösungen die einzig richtige ist. Die Verwaltungsentscheidung hat Bestand, wenn die vertretbare Behördenentscheidung durch eine ebenfalls nur vertretbar erscheinende Lösung des Verwaltungsgerichts ersetzt würde.

Die hier vertretene Auffassung vom Bestand der Strafurteile für den Fall, daß Analogie praeter legem möglich, aber nicht nach-

1) vgl. BVerwG 5, 153 (162); 6, 177 (179); 12, 359 (363); 15, 65 (74); 26, 40 (41); BACHOF, JZ 1955, 97 (102); BETTERMANN, Die Grundrechte III, 2. Halbb. S.798; JESCH, AöR Bd.82 (1957), 163 (232); KELLNER, NJW 1966, 857 ff; MAUNZ-DURIG, Art.19 Abs.IV Rdn.32; MENDER, Die Grundrechte III, 2.Halbb., S.752; ULE, Jellinek-Gedächtnisschrift, S.326; Kritisch hierzu SCHMIDT-SALZER, Der Beurteilungsspielraum 1968

weisbar ist, wendet insofern die im Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze auf die Problematik des strafrechtlichen Analogieverbots an, soweit es den vom Wortsinn her nicht exakt zu bestimmenden Grenzbegriff betrifft.

Diese entsprechende Anwendung fällt um so leichter, als es im Verwaltungsrecht um die Realisierung des verfassungsrechtlich garantierten richterlichen Rechtsschutzes geht; Art. 19 Abs. 4 GG verpflichtet die Verwaltungsgerichte grundsätzlich zur vollständigen Nachprüfung der Verwaltungsakte. Soweit § 90 Bundesverfassungsgerichtsgesetz für das hier interessierende Problem des strafrechtlichen Analogieverbots eine Überprüfung der Strafurteile durch das Bundesverfassungsgericht ermöglicht, bedeutet das eine nochmalige richterliche Überprüfung der Frage, ob der nullum-crimen-Grundsatz beachtet ist. In dem mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Urteil hat zuvor das Strafgericht über diese Frage (inzidenter) bereits entschieden.

Hebt das Bundesverfassungsgericht ein Strafurteil nicht auf, weil Analogie nicht nachweisbar ist, kann von einer Schmälerung des richterlichen Rechtsschutzes keine Rede sein; Art. 19 Abs. 4 GG gewährt Schutz durch den Richter, nicht vor dem Richter ¹⁾.

Nunmehr kann das Fazit der vorliegenden Untersuchung gezogen werden.

Dem Bundesgerichtshof ist m.E. ein einziger Verstoß gegen das Analogieverbot nachzuweisen: Gleichsetzung eines Kraftfahrzeugs mit einem bespannten Fuhrwerk ²⁾.

Einem Teil des Schrifttums ist abgesehen von nur noch historisch bedeutsamen Fällen ³⁾ vor allem entgegenzuhalten, den Gewaltbegriff über die Grenze des Zulässigen ausgedehnt zu haben ⁴⁾.

Interessanterweise geht diese Bestrebung von MAURACH und KNODEL

1) vgl. BVerfG 15, 275 (282); KELLNER, NJW 1966, 857

2) BGHSt 10, 375 f; vgl. oben S.133 f

3) vgl. Fall der "Elektrizitätsdiebstahls", oben S.94 ff

4) vgl. oben S.134 ff

aus, die das Analogieverbot im herkömmlichen Sinn nicht anerkennen ¹⁾.

Bei den Qualifikationen des § 243 StGB dagegen befürwortet auch H.MAYER ²⁾ Analogie praeter legem. Im übrigen wird einer großen Anzahl von Entscheidungen zu Unrecht vorgehalten, das Analogieverbot sei nicht beachtet. Soweit dieser Vorwurf von den Gegnern des Verbots erhoben wird, liegt der Fehler meist in der Verkennung des Analogieverbots: Mangelnde Trennung inner- und äußertatbestandlicher Analogie usw. ³⁾. Soweit der unbegründete Vorwurf von Befürwortern des Prinzips erhoben wird, liegt der Fehler neben methodischen Ungenauigkeiten ⁴⁾ vor allem daran, daß der vom Wortsinn her nicht exakt zu bestimmende Bereich unberücksichtigt bleibt. In diesem Bereich ist der Beweis eines Verstoßes gegen das Analogieverbot so wenig möglich wie umgekehrt der Beweis von der Beachtung des Prinzips.

Nach der hier vertretenen Lösung sind diese Fälle vom Analogieverbot nicht erfaßt; oder präziser formuliert: Solche Entscheidungen haben Bestand, weil ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG nicht nachweisbar ist.

Eine ganz andere Frage ist, ob aus anderen, etwa den von BAUMANN ⁵⁾ genannten Gründen in dem genannten Grenzbereich eine Be-
strafung unterbleiben sollte. Diese Problematik gehörte indes nicht zum Thema der vorliegenden Untersuchung. Hier war nicht zu prüfen, welche Fälle aus strafrechtlicher Sicht falsch oder richtig entschieden worden sind, gefragt war vielmehr danach, welche Entscheidungen das verfassungsrechtlich garantierte Analogieverbot nicht zuläßt. Dabei hat sich herausgestellt, daß dieses Verbot nur dann zur Aufhebung einer Entscheidung zwingt, wenn die äußerste begriffliche Grenze des betreffenden Tatbestands offensichtlich überschritten ist. So erscheint es verständlich, daß ein Verstoß gegen das Verbot nur in wenigen Fällen festgestellt werden konnte; denn es ist ein nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotener und - wie der 2. Teil der vorliegenden Untersuchung gezeigt hat -

1) vgl. oben S.134 ff

2) SJZ 1947, Sp.13; vgl. oben S.80

3)4) vgl. oben S.96 ff

5) AT, S.140

auch wirksamer Schutz gegen willkürliche Rechtsprechung und uferlose Tatbestandserweiterung. Nicht jede unrichtige Entscheidung beruht aber auf willkürlicher Ausdehnung des jeweiligen Straftatbestands.

8.) Schlußbemerkungen

Der Gang der Untersuchungen soll noch einmal nachgezeichnet und die dabei gewonnenen Ergebnisse kurz skizziert werden:

Juristisches Denken ist seinem Wesen nach analogisches Denken. Darin muß den Gegnern des Analogieverbots zugestimmt werden. Daraus folgt jedoch keineswegs, daß es sich stets um erlaubte Auslegung handelt, wenn mittels Analogie eine Lösung gefunden werden kann. Zulässig ist nur der innertatbestandliche Analogschluß. Darum handelt es sich, wenn im Vergleich der gesetzlichen Straftatbestände untereinander mittels Analogie im Einzelfall gleichsam die Höhenmarke des in Betracht kommenden Tatbestands bestimmt wird. Die Möglichkeit innertatbestandlicher Analogie bedeutet Vereinfachung und Abkürzung des Auslegungsverfahrens.

Außertatbestandliche Analogie ist dagegen nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 StGB und Art. 7 Abs. 1 der Menschenrechtskonvention verboten. Dehnt Analogie den Wirkungsbereich des Gesetzes über den von seinem Wortsinn umfaßten Bereich aus, fehlt der gefundenen Lösung die feste Verankerung im Gesetz. Einziger Fixpunkt der Gesetzesinterpretation wäre die ratio legis, die dem Richter zwar das Ziel der Norm vor Augen setzt und ihm deutlich zu sagen vermag, in welche Richtung, nicht aber, wie weit er bei der Auslegung zu gehen hat. Die Voraussehbarkeit staatlicher Machtäußerung gehört aber zur Garantie des nullum-crimen-Grundsatzes.

Das Bekenntnis zum Analogieverbot ist ein bloßer Schein, wenn - wie es bisweilen geschieht - gleichzeitig dem Wortsinn eine negative Begrenzungsfunktion abgesprochen wird. Diese Auffassung stimmt in der Sache mit den Gegnern des Analogieverbots überein und unterscheidet sich von deren Meinung nur in der äußeren Bezeichnung.

Wird mit der h.M. der mögliche Wortsinn als Auslegungsgrenze anerkannt, ist damit im großen und ganzen ein praktikabler Maßstab für die Abgrenzung gebotener Auslegung von unzulässiger Tatbestandserweiterung gewonnen. Das Analogieverbot ist entgegen der Ansicht einer Mindermeinung praktisch durchführbar.

Bei einer Vielzahl umstrittener Fälle spiegelt sich der Theorienstreit um Bestand und Ausmaß des Analogieverbots wider. Diese Fälle brauchen nur auf die im 1. Teil der vorliegenden Untersuchung aufgedeckten Fehlerquellen hin überprüft zu werden: Verkenntung des Analogieverbots, Verwechslung inner- und außertatbestandlicher Analogie, mangelnde Trennung historischer und objektiver Auslegung usw.. Mit der Aufdeckung eines solchen Fehlers ist die Lösung von der Warte des Analogieverbots, wie es hier in Übereinstimmung mit der h.L. verstanden wird, problemlos.

Ungleich schwieriger gestaltet sich die Behandlung der vom Wortsinn her umstrittenen Fälle. In einem Grenzbereich läßt sich hier mit letzter Sicherheit nicht klären, ob ein Fall vom möglichen Wortsinn noch gedeckt wird oder nicht: Die Spracherfahrung versagt, Teleologie und Logik vermögen die äußerste Grenze des Wortsinns nicht zu bestimmen. Dieser vom Wortsinn her nicht exakt zu bestimmende Grenzbereich widerspricht jedoch der grundsätzlichen Anerkennung des Analogieverbots keineswegs. Jedes erhebliche Abweichen von dem, was der Gesetzgeber unmittelbar angeordnet hat, kann mit Hilfe der Spracherfahrung eindeutig festgestellt werden. Eine uferlose Ausdehnung der Straftatbestände wird durch das Analogieverbot jedenfalls verhindert. Gerade das ist mit dem Verbot bezweckt.

Die praktische Seite des Analogieverbots nötigt jedoch zu folgender Einschränkung des im 1. Teil der vorliegenden Untersuchung gewonnenen Ergebnisses: Jede über den Wortsinn hinausführende Analogie-Entscheidung ist verboten, sofern sie als solche erkennbar ist. Beruht ein Urteil nur möglicherweise auf Analogie praeter legem, kann das jedoch nicht nachgewiesen werden, hat diese Entscheidung Bestand.

L E B E N S L A U F

Am 19. August 1942 wurde ich als Sohn des Polizeinspektors Reinhard Wiedemeyer und seiner Ehefrau Gertrud, geb. Horn, in Berlin-Schöneberg geboren.

Nach sechs Jahren Volksschule in Berlin-Reinickendorf kam ich zur Bertha-von-Suttner-Schule (Gymnasium) und legte dort im März 1961 die Reifeprüfung ab.

Danach begann ich im Sommersemester 1961 an der Freien Universität Berlin mit dem Studium der Rechtswissenschaft. Nach einer halbjährigen krankheitsbedingten Unterbrechung des Studiums bestand ich am 6. Juli 1966 die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt Berlin.

Ab 1. September 1966 befand ich mich im juristischen Vorbereitungsdienst, der mit Abschluß der zweiten juristischen Staatsprüfung (19. März 1970) endete.

Vom Wintersemester 1967/68 bis einschließlich Sommersemester 1968 war ich bei Herrn Professor Dr. Hans Lüttger als wissenschaftlicher Hilfsassistent (Korrekturassistent) tätig.

